



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Scuola Dottorale di Ateneo
Graduate School**

**Dottorato di ricerca
in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro
Ciclo XXV
Anno di discussione 2013**

La Concessione portuale

**SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: IUS/10
Tesi di Dottorato di Paolo Brambilla, matricola 955747**

**Coordinatore del Dottorato e
Tutore del Dottorando**

Prof. Luigi Benvenuti

Nel licenziare questo lavoro, ho il piacere di ringraziare diverse persone. Innanzitutto, il Prof. Luigi Benvenuti che mi ha accompagnato per l'intero corso della ricerca, stimolando costantemente le mie idee. Il Prof. Eric Van Hooydonk che mi ha dato consigli e suggerimenti preziosi per l'inquadramento giuridico dell'istituto, mostrandomi, con la passione per il mondo dei porti che lo contraddistingue, la meravigliosa realtà del Porto di Anversa.

Ringrazio, inoltre, Patrick Verhoeven e Martina Fontanet di ESPO per avermi ricevuto, illustrandomi l'attività dell'Associazione, ormai sempre più determinante per la comprensione dei porti europei, nonché per il loro sviluppo. E Thijs Kattouw del Porto di Amsterdam, per avermi concesso il suo tempo, parlandomi dei problemi dei porti europei e della situazione dei porti olandesi.

Un particolare ringraziamento va anche a Bjorn Verhoeven del Porto di Anversa, per essersi prestato ad illustrarmi, con assoluta disponibilità, gli sviluppi futuri del porto belga e le corrispondenti modalità di gestione, nonché a Joanna Szychowska e Lukasz Rozanski della Commissione Europea per avermi chiarito con pazienza ed entusiasmo la posizione della Commissione sulla nuova proposta di direttiva in materia di concessioni, attualmente al vaglio del Parlamento Europeo.

Inoltre, il breve approfondimento da me svolto sulla nuova disciplina regionale dei porti friulani di Monfalcone e di Nogaro è stato certamente agevolato dal decisivo contributo della dott.ssa Debora Bendinelli, funzionaria della Regione Friuli Venezia Giulia, che colgo l'occasione di ringraziare.

Un ringraziamento debbo, infine, all'Autorità Portuale di Venezia ed, in particolare, a Stefano Bonaldo e Lorenza Palma e a tutti coloro senza i quali la mia ricerca non sarebbe stata possibile.

P. B.

Venezia, 30 gennaio 2013.

A Caterina,

PREMESSA

LE RAGIONI DI UNA RICERCA

1. Il problema della condizione giuridica della concessione portuale.
2. La centralità del rapporto tra l'istituto ed il contesto di riferimento.

CAPITOLO I

L'AFFERMAZIONE DELLA CONCESSIONE PORTUALE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO INTERNO

1. La disciplina delle concessioni di beni demaniali nel sistema del codice della Marina mercantile.
2. La *ratio legis* della disciplina del codice della Marina mercantile e la disciplina in materia di concessioni di costruzione e gestione di opere marittime.
3. L'istituzione del Consorzio del Porto di Genova nel 1903 e la sentenza *Bodoano, Piccaluga e altri c. Consorzio autonomo del Porto di Genova*, della Quarta Sezione del Consiglio di Stato del 31 dicembre 1906, tra declino del criterio dell'uso pubblico ed affermazione del servizio pubblico nella gestione delle aree portuali.
4. La successiva disciplina istitutiva degli enti di gestione portuale e l'ingerenza dell'amministrazione nello svolgimento delle operazioni portuali.
5. Il regime delle concessioni demaniali marittime nel codice della navigazione del 1942 e nel regolamento per la navigazione marittima.
6. Le fasi del procedimento di rilascio delle concessioni demaniali marittime.
7. La regolazione delle operazioni portuali nel codice della navigazione: la consacrazione del modello pubblicistico ed il declino del ruolo delle concessioni di beni portuali.
8. La devoluzione delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni ed il problema della pianificazione delle aree portuali.
9. Il Piano Generale dei Trasporti ed il problema della gestione degli spazi portuali.
10. I sintomi della crisi del sistema portuale e i primi timidi rimedi.
11. La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 10 dicembre 1991, C-179/90, nel caso *Siderurgica Gabrielli* ed il confronto con la sentenza del Consiglio di Stato del 1906
12. Gli eventi successivi: verso la costruzione di un nuovo modello di

- gestione portuale.
13. La legge n. 84/1994: l'introduzione dell'istituto della concessione di aree e banchine ed il ruolo dell'impresa terminalista.
 14. I primi problemi della nuova disciplina e le successive modifiche.
 15. Riflessioni finali.

CAPITOLO II

LE PREMESSE GIURIDICHE PER UNO STUDIO DELLA CONCESSIONE PORTUALE

1. Gli istituti che concorrono a definire la concessione portuale.
2. La qualificazione giuridica dell'ambito di applicazione nella concessione portuale.
3. La funzione della concessione ex art. 36 cod. nav. ed il parallelo frazionamento tra demanio portuale e demanio costiero.
4. Le finalità perseguite dalle concessioni demaniali marittime nella disciplina attuale.
5. Il problema della nozione di porto: dalla prospettiva tradizionale alle tesi di rottura.
6. Le più recenti riflessioni della dottrina sulla nozione di porto: il "porto infrastruttura" ed il "porto azienda".
7. La concezione europea di porto.
8. Il porto quale "*essential facility*".
9. La distinzione tra "porti commerciali" e "porti industriali".
10. Il rapporto tra concessioni portuali ed operazioni portuali: la decisione del Consiglio di Stato del 31 dicembre 1906 nelle riflessioni della dottrina.
11. La condizione giuridica delle operazioni portuali nelle ricostruzioni di F.A. Querci e L. Acquarone.
12. Il rapporto tra la funzione amministrativa delle Autorità marittime ed i concessionari delle aree del porto: le tesi di E. Guicciardi e di F. Benvenuti e la critica di G. Lombardi.
13. La tesi dell'equivalenza tra bene demaniale e servizio pubblico nelle riflessioni della dottrina e le sue ricadute sulla nozione delle operazioni portuali.
14. Ancora in tema di operazioni portuali: la prospettiva europea dopo la sentenza CGCE Siderurgica Gabrielli e le considerazioni più recenti della dottrina e della giurisprudenza interna.
15. Le operazioni portuali quali attività private nel rapporto con il demanio marittimo.

CAPITOLO III

LA NATURA GIURIDICA DELLA CONCESSIONE DI AREE E BANCHINE

1. Elementi di distinzione e tratti comuni nelle forme di concessione portuale.
2. La concessione di realizzazione e gestione di opere collocate a mare.
3. La concessione di aree demaniali e banchine comprese nell'ambito portuale.
4. Le altre forme di concessione previste dall'art. 18 l. 84/94.
5. La condizione giuridica della concessione portuale.
6. La concessione portuale nel porto-mercato.
7. Il problema dell'individuazione dell'elemento prevalente nella determinazione della tipologia di concessione.
8. La prospettiva europea sulle concessioni amministrative.
9. L'inquadramento giuridico della concessione di beni pubblici.
10. I problemi di qualificazione della concessione di beni nel diritto nazionale.
11. L'inquadramento giuridico della concessione di beni nel diritto europeo.
12. I rapporti concessori misti.
13. Problemi di giurisdizione nelle concessioni miste.
14. La concessione portuale tra contratto e provvedimento.
15. La concessione portuale quale "fattispecie a contenuto variabile".

CAPITOLO IV

LA DISCIPLINA DELLA CONCESSIONE PORTUALE

1. L'evoluzione della disciplina delle concessioni portuali.
2. Le principali direttive della disciplina. Il problema del rapporto tra concessioni ex art. 6 l. 84/94 e concessioni ex art. 36 cod. nav
3. Gli operatori portuali ed i destinatari delle concessioni portuali.
4. Gli enti competenti al rilascio delle concessioni portuali. Il caso del porto di Monfalcone.
5. L'ambito di applicazione della concessione portuale.
6. Il problema dei "terminal dedicati".

7. Le attività del terminalista.
8. Il problema dell'adozione del dm ex art. 18, comma 1, l. 84/94 e l'applicazione residuale del codice della navigazione
9. Il superamento dell'attuazione ministeriale alla luce della l. cost. 3/2001: verso una disciplina regionale?
10. L'affidamento delle concessioni portuali.
11. Il rapporto con l'art. 16 l. 84/94 e la teoria dell'atto presupposto.
12. Gli ostacoli alla generale applicabilità delle disposizioni in materia di contratti pubblici.
13. I nuovi orientamenti della giurisprudenza amministrativa e la possibile applicazione del cd. "contratto di disponibilità".
14. La disciplina della l.r. Friuli Venezia Giulia n. 12/2012 in tema di concessioni portuali.
15. Il rilascio della concessione attraverso lo strumento degli accordi amministrativi.
16. Il nodo del rilascio di più concessioni, la subconcessione e l'estensione della concessione originaria. Il problema dell'art. 18 co VII ed i due principi da esso enunciati: i) il criterio di una sola concessione ad uno stesso operatore; ii) l'esercizio diretto ed esclusivo delle attività da parte della concessionaria. Il subingresso del concessionario.
17. La proprietà dei beni realizzati nel periodo di concessione.
18. L'occupazione abusiva del demanio marittimo e l'attribuzione delle aree portuali mediante strumenti alternativi alla concessione ex art. 18 l. 84/94.
19. Proroga e rinnovo della concessione portuale.
20. La revoca della concessione portuale.
21. Il nuovo sistema di "Autonomia finanziaria dei porti" previsto dall'art. 18bis l. 84/94.

CAPITOLO V

LA CONCESSIONE DEI TERMINAL NEI PORTI NELL'UNIONE EUROPEA

1. La regolazione del mercato europeo dei servizi portuali: dal "Libro Verde sui Porti e le Infrastrutture Marittime" del 1997 alla Proposta di Direttiva europea del 2001 (cd. "Ports Package").
2. Dal fallimento della prima proposta di direttiva europea sui servizi portuali alla proposta di direttiva sull'accesso al mercato dei servizi portuali del 2004.
3. Il rigetto della proposta di direttiva europea del 2004 e la

- Comunicazione della Commissione del 2007.
4. Il nuovo approccio della Commissione Europea al settore portuale.
 5. Le forme di coordinamento tra i porti europei: l'esperienza dell'European Sea Port Organisation (ESPO) e del Federation of European Private Port Operators (FEPOR).
 6. I modelli di governance dei porti.
 7. L'ESPO *Fact-finding report 2010*: oltre il modello del *Landlord port*.
 8. L'ITMMA *Survey The awarding of seaport terminals in Europe 2008*: a) *the legal framework*; b) *the terminal awarding process*; c) *the duration of the terminal award contract*; d) *the contract stipulation*.
 9. La nozione di “*port concession*”.
 10. Le procedure di aggiudicazione nelle concessioni portuali.
 11. Le più recenti esperienze di concessioni di terminal nei porti europei.
 12. Il *Manifesto ESPO 2012*: un tentativo di *soft regulation*?

CONCLUSIONI

1. I tentativi di riforma della l. 84/94.
2. I testi di riforma dell'art. 18 l. 84/94 in tema di concessioni portuali.
3. La proposta di direttiva europea sulle concessioni.
4. Considerazioni finali.

Tabella sinottica.

BIBLIOGRAFIA

PREMESSA

LE RAGIONI DI UNA RICERCA

SOMMARIO: I. Il problema della condizione giuridica della concessione portuale. — 2. La centralità del rapporto tra l'istituto ed il contesto di riferimento.

I. Il problema della condizione giuridica della concessione portuale.

Può di certo capitare che un istituto giuridico in apparenza semplice e privo di asperità, si riveli, in realtà, alquanto complesso e di difficile ricostruzione.

Questo é certamente il caso della cd. “concessione portuale”.

Sul piano storico, tale figura trae, infatti, le proprie origini da diversi istituti regolati nelle prime leggi del Regno d'Italia¹, venendo qualificata, nelle riflessioni della più risalente dottrina, solo come una delle tante forme di concessione di beni demaniali marittimi² diretta a soddisfare le esigenze degli operatori portuali.

Ragioni di carattere storico, sociale e giuridico l'hanno però portata ad evidenziare propri specifici connotati, che la rendono ormai del tutto eccentrica rispetto all'istituto che l'ha generata. Sicché, il suo recepimento nell'art. 18 della l. 28 gennaio 1994, n. 84, appare tanto il risultato di una precisa scelta del legislatore, quanto la risposta alle esigenze della prassi per come si è evoluta nel corso dei decenni del secolo scorso.

Non sorprende dunque che la concessione portuale o “concessione di aree e banchine”, secondo la formulazione contenuta nel citato art. 18 della l. 84/1994, si presenti come una figura articolata, complessa e per certi aspetti non ancora del tutto compiuta.

Senza contare che la specialità dell'istituto emerge anche dalla stessa disposizione che la disciplina: è, infatti, sufficiente un rapido esame dell'art. 18 l. 84/94 per rilevare che al suo interno sono regolate diverse forme di concessione portuale che, pur presentando, tratti tra di loro comuni,

¹ Come si vedrà, infatti, l'istituto trae la propria origine nel codice della Marina mercantile del 1865, oltre che nella disciplina in tema di lavori pubblici di cui alla l. 20 marzo 1865, n. 2248 (all. F) ed, in particolare, dei porti e delle opere marittime.

² Come si vedrà, la dottrina aveva ricondotto questa figura alle cd. *concessioni di bene attrezzato o strumentali rispetto ai servizi*, laddove i servizi erano da intendersi proprio le operazioni portuali (v., in particolare, F.A. QUERCI, *Diritto della Navigazione*, Padova, 1989, 110).

In quanto tale, dunque, la concessione in parola era per l'appunto riconducibile proprio a quella categoria di mezzi «*attraverso i quali i singoli sono ammessi a utilizzare un bene pubblico a titolo particolare*» (B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 7).

evidenziano, nel contempo, elementi peculiari che ne consentono una distinzione sotto taluni profili³.

Il presente contributo nasce dunque dall'esigenza di comprendere a fondo la natura e la disciplina dell'istituto che ci occupa, anche alla luce delle riflessioni della più recente dottrina, nonché delle decisioni assunte dal Giudice europeo e dalle Corti interne.

Nello stesso tempo, lo studio della concessione portuale, per come è stata configurata nell'ordinamento interno, consente di tentare un confronto tra tale istituto e la corrispondente figura giuridica, vigente in altri Paesi ed oggetto di un esame specifico sul piano europeo, per porre in evidenza gli aspetti in comune e le eventuali difformità.

Compito, quest'ultimo, che risulta di particolare attualità, dal momento che, nella dottrina internazionale, complice anche gli interventi della Commissione Europea e di talune associazioni portuali, si registra negli ultimi anni un profondo dibattito intorno alla figura della *port concession*, nonché ad una sua regolazione di matrice europea.

2. La centralità del rapporto tra l'istituto ed il contesto di riferimento.

L'evoluzione cui è andato soggetto l'istituto in parola impone inoltre un attento ed approfondito esame del contesto nel cui ambito lo stesso istituto è collocato.

Un contesto in cui si scorgono altre figure giuridiche, che - se apparentemente costituiscono solo lo sfondo in cui opera la concessione di aree e banchine - in verità si rivelano centrali ai fini della sua comprensione.

³ È opportuno, infatti, sottolineare che l'art. 18 l. 84/94 disciplina, oltre alla concessione di aree e banchine per lo svolgimento di operazioni e servizi portuali, la "concessione per la realizzazione e la gestione di opere attinenti alle attività marittime e portuali collocate a mare", la "concessione per l'impianto e l'esercizio dei depositi e stabilimenti di cui all'art. 52 cod. nav. e delle opere necessarie per l'approvvigionamento degli stessi" (co. 4bis) e la "concessione di depositi e stabilimenti di prodotti petroliferi e chimici allo stato liquido, nonché di altri prodotti affini, siti in ambito portuale" (co. 9bis).

Come si vedrà, l'affastellarsi di più fattispecie nell'ambito dell'art. 18 l. 84/94 è stato il risultato delle modifiche normative che nel corso degli anni sono state apportate a tale disposizione. Ciononostante, si ritiene opportuno utilizzare la sola espressione *concessione portuale* o *concessione di aree e banchine* per indicare, sinteticamente, tutte le ipotesi contemplate dalla norma: tale scelta ci sembra, infatti, oltre che giustificata dal fatto che la stessa rubrica dell'art. 18 l. 84/94 fa espressamente riferimento alla sola *concessione di aree e banchine*, anche in linea con l'approccio della stessa dottrina che si è occupata di esaminare tale disposizione normativa (così, ad esempio, C. INGRATOCI, *La concessione di aree e banchine*, in *Riv. di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, Vol. 5, 2007 e G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2000 e, più di recente, M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Riv. Dir. Nav.*, 2010, II, 467 e D. MARESCA, *La libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, in *Il Diritto marittimo*, 2012, 288 ss.).

Discorso che vale anzitutto per il porto.

Il richiamo alla suggestiva espressione del porto come “risorsa scarsa”⁴, consente fin troppo bene di evidenziare la rilevanza della figura che ci occupa per tutte quelle attività che vengono svolte all’interno dell’ambito portuale: l’espressione pone, infatti, l’accento, per un verso, sulla scarsità degli spazi dedicati alle attività portuali; per altro verso, sulla necessità che ciascun porto sia dotato di adeguate connessioni infrastrutturali portuali e retroportuali⁵.

Con ciò dunque segnalando che solo ove si presti la massima attenzione alla gestione delle aree su cui si svolgono le attività del porto, nonché sulle infrastrutture che su tali aree possono essere collocate, è possibile ritenere ben sfruttata la risorsa.

Del resto, se si considera il porto quale contesto nell’ambito del quale si manifesta l’istituto della concessione portuale, non ci si può certo esimere da una riflessione sulle attività che in esso vengono svolte. Nel ragionare su tali aspetti, riemerge da subito la dicotomia tra attività pubblica e attività private, che proprio nel porto vengono svolte, proposta ormai qualche decennio orsono da una autorevole dottrina e secondo cui, pur con le loro differenze, entrambe attuano nell’ottica pubblicistica i principi della coordinazione e della subordinazione al pubblico interesse⁶.

Si tratta di una considerazione ad oggi ancora attuale, dato che proprio sulla natura delle operazioni portuali, ossia su talune delle più rilevanti attività che si svolgono all’interno di un porto, ancora si ragiona in ordine alla loro natura giuridica. Questione che appare centrale, proprio ai fini della definizione della stessa figura oggetto del presente contributo, dato che la concessione delle aree e banchine del porto ha ad oggetto proprio lo svolgimento delle operazioni portuali.

La comprensione della figura in esame impone, del resto, la necessità di scandagliare a fondo anche la sua disciplina positiva, evidenziandone tanto gli aspetti positivi, quanto le lacune.

Va da sé che questa disamina non può limitarsi alla sola analisi dell’art. 18 l. 84/94: infatti, benché la concessione portuale sia effettivamente proprio da tale disposizione, il suo ambito di operatività dipende altresì dalla applicazione di regole provenienti da discipline differenti, prima tra tutte quella posta a regolazione dei contratti pubblici, con il risultato che la conoscenza di queste ultime diventa imprescindibile per comprendere l’istituto che ci occupa.

Ecco che, dunque, attraverso la trattazione dei punti qui solo brevemente accennati, è possibile chiudere il cerchio e giungere ad un inquadramento

⁴ S.M. CARBONE – F. MUNARI, *La disciplina dei porti*, Milano, 2006, 11.

⁵ *Ibidem*.

⁶ F. BENVENUTI, *Ordinamento giuridico dei porti industriali*, in *Scritti*, III, Milano, 2006, 2324 ss.

generale della concessione portuale.

Ciò che però è indispensabile rilevare, è che la comprensione dell'istituto in esame passa attraverso lo studio di altri complessi fenomeni giuridici e della loro evoluzione nel tempo: da questi, allora, si comincerà per raggiungere lo scopo che ci si è prefissato.

CAPITOLO I

L'AFFERMAZIONE DELLA CONCESSIONE PORTUALE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO INTERNO

SOMMARIO: I. La disciplina delle concessioni di beni demaniali nel sistema del codice della Marina mercantile. — 2. La *ratio legis* della disciplina del codice della Marina mercantile e la disciplina in materia di concessioni di costruzione e gestione di opere marittime. — 3. L'istituzione del Consorzio del Porto di Genova nel 1903 e la sentenza *Bodoano, Piccaluga e altri c. Consorzio autonomo del Porto di Genova*, della Quarta Sezione del Consiglio di Stato del 31 dicembre 1906, tra declino del criterio dell'uso pubblico ed affermazione del servizio pubblico nella gestione delle aree portuali. — 4. La successiva disciplina istitutiva degli enti di gestione portuale e l'ingerenza dell'amministrazione nello svolgimento delle operazioni portuali. — 5. Il regime delle concessioni demaniali marittime nel codice della navigazione del 1942 e nel regolamento per la Navigazione Marittima. — 6. Le fasi del procedimento di rilascio delle concessioni demaniali marittime. — 7. La regolazione delle operazioni portuali nel codice della navigazione: la consacrazione del modello pubblicistico ed il declino del ruolo delle concessioni di beni portuali. — 8. La devoluzione delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni ed il problema della pianificazione delle aree portuali. — 9. Il Piano Generale dei Trasporti ed il problema della gestione degli spazi portuali. — 10. I sintomi della crisi del sistema portuale e i primi timidi rimedi. — 11. La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 10 dicembre 1991, C-179/90, nel caso *Siderurgica Gabrielli* ed il confronto con la sentenza del Consiglio di Stato del 1906 — 12. Gli eventi successivi: verso la costruzione di un nuovo modello di gestione portuale. — 13. La legge n. 84/1994: l'introduzione dell'istituto della concessione di aree e banchine ed il ruolo dell'impresa terminalista. — 14. I primi problemi della nuova disciplina e le successive modifiche. — 15. Riflessioni finali.

I. La disciplina delle concessioni di beni demaniali nel sistema del codice della Marina mercantile.

La storia dell'istituto della concessione portuale coincide in buona parte con la storia della disciplina delle concessioni di beni appartenenti al demanio marittimo¹, con quella delle cd. “operazioni portuali”² e con quella

¹ In tal senso, diffusamente, G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2000 e G. TACCOGNA, *L'assentimento dei terminal portuali: riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni; procedure e criteri di aggiudicazione*, in *Quad. reg.*, 2009, V, 28, III, 953 ss.; in questi termini, v. anche G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, Milano, 2009, 129.

² Come noto per «operazioni portuali» si intende, attualmente, a mente dell'art. 16 della l. n. 84/1994, «il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito, il movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale, svolti nell'ambito portuale»: la definizione ricalca sostanzialmente quella in precedenza contenuta nell'art. 108 cod. nav., le differenze rispetto alla definizione precedente sono però evidenziate da M. CAMPAILLA, *Le operazioni portuali*, Bologna, 2004, 31 ss., che rileva come i termini “imbarco e sbarco”, contenuti nella previgente disciplina dell'art. 108 cod. nav. siano stati sostituiti con i termini “carico e

delle cd. “concessioni di costruzione e gestione di opere marittime”³: cioè, con la storia di istituti giuridici che, quantunque previsti per regolare fattispecie tra loro sostanzialmente autonome, trovano nella realtà del porto un loro ordito comune.

Per comprendere l'istituto che ci occupa, appare allora necessario soffermarsi, sia pure nel limite qui consentito, nell'esame dell'evoluzione giuridica di tutte le figure cui si è fatto sopra cenno a cominciare dallo studio dell'istituto della concessione di beni demaniali marittimi, considerate le affinità che avvicinano quest'ultima figura alla concessione portuale, tanto da indurre a ritenere, secondo la tradizionale prospettiva adottata al riguardo dalla dottrina⁴, che esse siano tra loro legate da un rapporto giuridico, rispettivamente, di *genus a species*.

Peraltro, l'esame dell'evoluzione della concessione di beni demaniali marittimi appare un'esigenza di carattere primario anche per la natura plurisecolare della sua stessa disciplina, la quale, radicandosi nell'ordinamento interno, rappresenta un riferimento indispensabile, ove si debba esaminare un istituto che è ad essa affine, come apparentemente sembra essere quello su cui verte il presente studio.

È, infatti, noto che di una prima regolazione dell'istituto della concessione di beni demaniali marittimi si trova traccia già nelle prime codificazioni unitarie, non tanto nella legge sui lavori pubblici del 1865 che, pur dedicando un titolo ai porti, si occupava essenzialmente della classificazione delle opere ai fini del riparto delle relative spese⁵, bensì nel

scarico” di portata più ampia: secondo l'Autore, tale circostanza risponderebbe ad un più generale ampliamento dell'ambito di applicazione della normativa di carattere pubblicistico in materia di operazioni portuali.

Con riguardo alla natura delle operazioni portuali ed all'esame della precedente normativa, si veda, in particolare, L. PARINI, *Legislazione e Regolamenti portuali (Il diritto Portuale Corporativo) - Lo stivaggio del carico*, Milano, 1940, 51 ss., nonché F.A. QUERCI, *Lavoro portuale*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1973, p. 472 ss e ID., *Il lavoro portuale*, Milano, 1972; M.L. CORBINO, *Le operazioni portuali*, Padova, 1979, 71 e ss. Sullo sviluppo della nozione di operazioni portuali, si veda, anche, G. LOMBARDI, *La disciplina giuridica del lavoro portuale*, Genova, 1977, in particolare, 12 ss e 87 ss.

³ Quest'ultima risalente al r.d. 2 aprile 1885, n 3095, testo unico della l. 16 luglio 1884, n. 2518, con le disposizioni del titolo IV, porti, spiagge e fari della preesistente l. 20 marzo 1865, sui lavori pubblici, cfr. nt. 4. Con riferimento all'origine e all'evoluzione della figura della concessione di costruzione e gestione, da cui discende la concessione di costruzione di opere marittime, si rinvia ad A. CARULLO, *La concessione di costruzione e gestione*, in *Riv. Trim. app.*, 1993, 335 e ss.

⁴ Per tutti, si veda G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore*, cit., 129.

⁵ Nel titolo IV della legge sulle opere pubbliche del marzo 1865 era, infatti, presente un *corpus* normativo dedicato ai porti ed alle opere marittime; a seguito di successive modificazioni, in specie, con la legge 16 luglio 1884, la disciplina ivi presente veniva trasfusa nel testo Unico del 1885 (anch'esso, parimenti intitolato «dei porti, spiagge e fari») che riguardava la costruzione e manutenzione, essenzialmente, dei porti, posta sotto l'alta direzione del ministero dei lavori pubblici. Si tale disciplina ci si soffermerà brevemente nel seguito.

codice della Marina mercantile (approvato con r.d. 25 giugno 1865, n. 2360) che disciplinava gli usi dei beni del demanio marittimo⁶.

Gli articoli 157 e 158 del codice della Marina Mercantile prevedevano, infatti, che «*le concessioni ed occupazioni permanenti del lido del mare, de' porti, de' seni, delle spiagge, al pari di ogni altra pertinenza del pubblico demanio devono essere autorizzate per legge*», mentre «*le occupazioni temporanee, che non portino opere permanenti nei luoghi indicati nel precedente articolo, potranno essere permesse all'amministrazione di marina per opere essenzialmente utili alla navigazione, alle industrie ed al commercio marittimo*»⁷.

Il codice però non giungeva a regolare le modalità esecutive di tali concessioni, limitandosi a chiarire che «*tali permissioni potranno in ogni tempo essere revocate per mezzo di decreto reale*» (art. 158, co. 2).

Per quanto concerne invece le operazioni di carico e scarico delle merci da svolgersi all'interno dei porti, il codice attribuiva all'amministrazione portuale funzioni esclusivamente di polizia, finalizzate cioè a garantire l'ordine, la sicurezza e la conservazione dei porti, lasciando gli operatori svincolati da regole particolari in relazione alla prestazione di tali servizi, ferma comunque restando la revisione del pagamento dei diritti per l'uso delle infrastrutture del porto.

Significative si dimostravano, inoltre, anche altre disposizioni del codice: in particolare, l'art. 163, secondo cui «*i capitani ed ufficiali di porto provvedono nei luoghi di loro giurisdizione al servizio marittimo, ed invigilano alla polizia e sicurezza dei luoghi stessi, e delle navi che vi sono ancorate. L'ingerenza delle stesse autorità nei bacini commerciali (docks) sarà regolata dalle particolari convenzioni*» e l'art. 165, per il quale «*nei porti in cui dal Municipio, dalle camere di commercio o da altri fossero collocate sugli scali, sulle calate o sui moli manchine, grue od altri meccanismi per l'imbarco o lo sbarco delle merci, l'esercizio dei medesimi dovrà essere regolato d'accordo con l'ufficio di porto, ed a questo rimarrà ogni sorveglianza di polizia tanto sulle macchine quanto sulle persone addetta al loro maneggio*».

La prima norma dava, infatti, atto della presenza di *docks* gestiti da privati, la seconda, invece, disciplinava l'ipotesi di installazione dei mezzi sulle aree portuali per eseguire lo svolgimento delle operazioni portuali⁸:

⁶ G. PIOLA, *Porti, fari, lidi e spiagge*, in *Dig. It.*, XVIII, Torino 1906-1912, 1238 ss.

⁷ B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 13, il quale rileva che «*a differenza di quanto previsto nella legge sui lavori pubblici per le strade e le acque pubbliche, per i beni del demanio marittimo il codice della marina mercantile attribuiva agli usi particolari un rilievo di interesse pubblico specifico e differenziato rispetto all'uso pubblico generale della navigazione*».

⁸ Rilevante era anche l'art. 178, il quale stabiliva che «*non si potranno lasciare depositate merci od altri oggetti sui moli, sulle calate, e sugli scali, ed altri luoghi nei porti e nelle darsene senza il permesso dell'autorità marittima ed il pagamento dei relativi diritti. Non*

l'uso di tali strutture rientrava inoltre nell'ambito di applicazione delle generali previsioni degli articoli 157 e 158 ed era, dunque, devoluto mediante concessione.

Il successivo codice della Marina Mercantile del 24 ottobre 1877 (che in parte modificava quello del 1865) introduceva due variazioni all'art. 158: da un lato, prevedeva la possibilità che anche le concessioni temporanee di competenza dell'amministrazione marittima (e non solo più le "concessioni perpetue") comportassero la realizzazione di opere di "natura stabile" anche "di singolare importanza", dall'altro lato elideva qualsiasi restrizione all'oggetto delle concessioni.

Sotto il profilo sistematico, le maggiori novità derivavano però dal relativo regolamento del 20 novembre 1879, n. 5166, il cui titolo III delineava un «*complesso ed organico gruppo di norme sulle concessioni di beni del demanio marittimo*»⁹: i primi quattro capi di tale titolo, infatti, riguardavano: *a)* le concessioni di aree per usi di industrie marittime; *b)* le concessioni di aree per usi estranei alle industrie marittime; *c)* le condizioni generali delle concessioni e *d)* l'esecuzione dei contratti.

Nella sistemazione organica del regolamento, risultava centrale la distinzione tra concessioni di aree ad uso delle industrie marittime e concessioni per usi estranei alle industrie marittime, le prime preferite alle seconde. In tal senso, tra le disposizioni più rilevanti del regolamento, era da annoverarsi l'art. 751, il quale stabiliva che «*in massima, salvo sempre il diritto di disporre per opere di maggiore interesse pubblico, devono essere riservate ad uso di cantiere e di altre industrie navali quelle spiagge, che per la naturale loro condizione si prestano all'esercizio delle industrie medesime*», apponendo una riserva permanente per «*le spiagge naturalmente usabili per le costruzioni navali, di modo che le concessioni d'aree, ivi fatte per altre industrie si intendano revocabili ogni qualvolta sia domandato di stabilirvi invece un cantiere*».

Nello stesso senso era da intendersi il successivo art. 760, secondo cui «*per la concessione d'aree sui moli e sulle calate saranno sempre preferite le industrie marittime*».

A prescindere dalla preferenza attribuita dal regolamento alle concessioni di aree demaniali destinate all'uso delle industrie marittime, occorre rilevare che l'art. 757 recava comunque una previsione di ordine residuale, consentendo, indistintamente, il rilascio di concessioni di tutti i beni del demanio marittimo «*per qualsiasi uso*».

ostante tale licenza ed il pagamento dei diritti anzidetti, l'ufficio di porto, scorso il tempo della licenza, ed anche prima ove il bisogno lo richieda, potrà ordinare la rimozione o la traslocazione degli oggetti come sopra depositati, ed in caso d'ineseguitamento vi procederà d'ufficio a spese de' proprietari.

⁹ G. SANTANIELLO, *Evoluzione della legislazione sui beni e sulle opere del demanio marittimo*, in A.M. SANDULLI, *I lavori pubblici*, Vicenza, 1967, 267.

Gli articoli 761, 762 e 770 concernevano, infine, gli usi assentibili con le licenze brevi (di durata fino ad uno anno, benché rinnovabili), regolando l'ipotesi in cui vi fosse concorrenza tra più domande, mentre l'art. 772 disciplinava il caso della presentazione di concessioni «*di particolare importanza e di lunga durata*», prescrivendo la pubblicazione della domanda, fatta salvo la possibilità di rinnovo.

2. La ratio legis della disciplina del codice della Marina mercantile e la disciplina in materia di concessioni di costruzione e gestione di opere marittime.

2.1. La concezione di base che ispirava la descritta disciplina si identificava con l'esigenza che la materia delle concessioni si rivelasse «*ispirata alla propulsione e allo stimolo delle attività produttive e, comunque, di interesse generale*»¹⁰.

Se la materia degli usi dei beni demaniali marittimi, tra cui quelli portuali, era nel codice oggetto di un'articolata e complessa regolazione, la disciplina delle operazioni di imbarco, sbarco, trasbordo e di movimentazione delle merci era, invece, lasciata interamente all'iniziativa privata. Sicché, la regolamentazione di tali operazioni veniva, in un certo qual senso, “assorbita” dalla disciplina degli usi cui venivano soggette le aree, su cui tali operazioni dovevano essere eseguite.

La spiegazione di ciò veniva fatta risalire alla prassi con la quale si svolgevano queste operazioni all'epoca della navigazione a vela, nonché alle corrispondenti modalità prospettate nel primo codice del commercio dell'unificazione italiana.

Era, infatti, in quei tempi abitudine che il capitano della nave giunta in porto ricevesse e consegnasse la merce appesa al paranco, in base alla clausola secondo cui la merce doveva essere consegnata e riconsegnata dove il paranco poteva accoglierla o depositarla, mentre il consegnatario o il ricevitore erano tenuti a presentarsi sottobordo, senza ritardo, con tutti i mezzi necessari per portare la merce fino al paranco o per riceverla da esso direttamente¹¹.

Alla fine del XIXesimo secolo, l'incremento dei traffici marittimi e la diversa natura dei bastimenti a vapore aveva portato all'affermazione della

¹⁰ ID., 269. Proprio tale presupposto giustificava, per quanto concerne le concessioni di aree per usi estranei alle industrie marittime, la sussistenza di una speciale procedura e di una limitazione della loro durata, al fine di evitare che con esse si potessero limitare o impedire gli «*usi del demanio marittimo ed in generale pregiudicare i diritti a questo inerenti (art. 757)*».

Occorre, del resto, rilevare che, essendo previsioni che riguardavano indistintamente i beni demaniali marittimi, esse trovavano, ovviamente, applicazione anche con riguardo alle concessioni di aree nell'ambito dei porti.

¹¹ In questi termini, L. PARINI, *Legislazione e Regolamenti portuali cit.*, 51.

consuetudine di scaricare la merce alla rinfusa sulla calata, sulle chiatte o sui pontoni, affidando ad un raccomandatario (o agente) l'incarico di effettuare le operazioni di consegna che si sarebbero dovute svolgere sulla coperta o lungo il bordo della nave (sotto paranco)¹².

Questa attività di intermediazione, al principio, «venne assunta da imprese stabili specializzate nella presa in consegna e riconsegna della merce, in base alla clausola per la quale il capitano che all'arrivo in porto dimostrava di aver consegnato il carico a un'impresa era esonerato dal rispondere dei danni derivanti alla merce successivamente allo scarico della nave»¹³, successivamente, fece sì che allo sbarco sotto paranco si affiancasse il cd. «sbarco d'amministrazione»¹⁴.

Da ciò, si giunse progressivamente ad introdurre una apposita disciplina normativa delle operazioni portuali.

Se il codice della Marina mercantile si limitava a sottoporre alla vigilanza degli Uffici del Porto «l'imbarco e lo sbarco e il deposito delle merci e delle zavorre», circoscrivendo in tali attività il concetto di operazioni portuali, il r.d.l 24 gennaio 1929, n. 166 aggiunse anche le operazioni di trasbordo e di movimento in genere delle merci nei porti; nozione che trovò la propria collocazione normativa nella sopravvenuta regolamentazione del codice della navigazione del 1942 e del regolamento per la navigazione marittima del 1952¹⁵.

¹² Così, B. TONOLETTI, *op. cit.*, 39. Dell'affermazione della prassi di scaricare alla rinfusa le merci (e dunque dell'origine della regolamentazione delle operazioni portuali, soprattutto, di sbarco) dà, invece, una diversa interpretazione L. PARINI, *Legislazione e Regolamenti portuali cit.*, 52. Secondo l'Autore, infatti, a ciò si sarebbe giunti per il fatto che «il capitano per assicurare la stabilità della nave e aumentarne l'efficienza della portata, per garantire la conservazione della merce e facilitarne la distribuzione nei vari porti di accosto, non può immettere la merce nelle stive e tenerla suddivisa, ricevitore per ricevitore o catalogarla polizza per polizza; al suo arrivo nei vari porti, il capitano sarà materialmente impossibilitato a consegnare il carico seguendo il criterio dell'avvicinarsi dei vari ricevitori alla banda della nave».

¹³ B. TONOLETTI, *op. cit.*, 39. Cfr., sul punto, anche G. LOMBARDI, *La disciplina giuridica delle operazioni di imbarco e sbarco*, Genova 1972, 17, il quale descrive lo stato cui, ad un certo stadio, era giunta la disorganizzazione nello svolgimento delle operazioni portuali, riferendo che «l'organizzazione tecnica delle operazioni portuali e la disciplina del lavoro lasciavano molto a desiderare, le maestranze del porto non unite, ma in libera concorrenza tra loro nella corsa per accaparrarsi il lavoro, davano luogo il più delle volte a disordini, spinti fino all'arrembaggio delle navi, a manomissione e furti di merci, a larvati acceleramenti delle operazioni con pregiudizio della qualità della prestazione e con aggravamento dei danni alle merci, alle navi e alle persone, a sordide speculazioni».

¹⁴ Così, L. PARINI, *Legislazione e Regolamenti portuali*, cit., 53. Sullo sbarco d'amministrazione, si v. A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2011, 491 ss. e l'ampia bibliografia ivi richiamata.

¹⁵ Come evidenziato da R. LONGOBARDI, *I porti marittimi*, Torino, 1997, 323, «il primo provvedimento, in ordine di tempo, emanato con il r.d.l. 15 ottobre 1923, n. 2476, sia pure riferendosi ai "servizi" e non alle "operazioni", oltre ad indicare, fra le operazioni quelle dell'imbarco e dello sbarco, incluse quelle del ... «trasporto delle merci nei porti ed ai

2.2. Su tale questione si tornerà più avanti: è, infatti, opportuno dar conto prima di un'altra figura che si rileverà essenziale ai fini dell'inquadramento dell'istituto oggetto di studio.

Oltre al codice della marina mercantile (ed al relativo regolamento attuativo), della concessione di beni marittimi, seppur *latu sensu*, si occupava anche il poco più tardo t.u. 2 aprile 1885 (nonché il relativo regolamento di attuazione, approvato con r.d. 29 settembre 1904 n. 713) che fino a qualche decennio fa rappresentava la normativa di riferimento in materia di porti, disciplinando, in particolare, la manutenzione e costruzione delle opere marittime¹⁶.

L'art. 18 del t.u. del 1885 stabiliva, infatti, che *«il governo del Re è autorizzato a fare concessioni, con decreto reale, per costruzioni di opere marittime, alle provincie, ai comuni, alle camere di commercio ed anche ai privati, previo parere del consiglio superiore dei lavori pubblici, del consiglio del commercio e del Consiglio di Stato, e potranno accordarsi ai concessionari le tasse supplementari (...) purché i municipi, d'accordo con le camere di commercio, ne facciano a tal fine la richiesta»*.

Nel secondo comma dell'articolo, inoltre, si tentava, proprio mediante lo strumento della concessione, di stimolare l'iniziativa degli enti locali alla realizzazione delle opere marittime.

La norma precisava, infatti, che *«per lo spazio di 500 metri a partire dal lido del mare e per un tratto non maggiore di 5 chilometri, a destra o a sinistra del porto o dell'abitato, i terreni arenili, che non siano necessari pei bisogni dello Stato o che non siano già concessi per uso industriale, saranno dati in concessione gratuita per un tempo non maggiore di 90 anni, previ accordi del ministero dei lavori pubblici con quelli della marineria e del tesoro, ai comuni che ne facciano richiesta ed i quali si obblighino ad*

luoghi destinati a deposito compresi nell'ambito del demanio pubblico marittimo», ponendo così, una precisazione utile (...) ai fini di una corretta interpretazione delle operazioni portuali», poi confluite nell'art. 16 l. 84/94.

¹⁶ L. ACQUARONE, *La concessione di porti e impianti portuali per il naviglio da diporto*, Scritti, in onore di M. Casanova, Milano, 1971, p. 46 ss.; si veda anche M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo, Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990, 137. In particolare, l'articolo 5 del R.D. del 1885 definiva in questo modo le «opere marittime»: *«sono opere che riguardano i porti, i fari e le spiagge: a) I moli di ridosso ed i frangi-onde che proteggono gli ancoraggi; b) I moli e le dighe, le gettate o scogliere che regolano la foce e proteggono le sponde dei porti-canal; c) Le ripe artificiali, banchine, scali, darsene mercantili, macchine fisse da alberare o scaricare navi; d) Gli argini e moli di circondario per difendere i porti dalle alluvioni e dagli interrimenti; e) I bacini di deposito d'acque, atte a produrre correnti artificiali per tener sgombre le foci dei porti-canal; f) I canali di derivazione e gli smaltitoi per liberare i porti dai depositi e dalle infezioni; g) Gli scali e bacini da costruzione o riparazione di navi; h) Le escavazioni della bocca, del bacino e dei canali dei porti; i) I fari, le torri a segnali ed altri fabbricati ad uso del servizio tecnico, amministrativo e di polizia dei porti; k) I gavitelli ed altri segnali fissi e mobili destinati a guida o ad ormeggio dei bastimenti; l) Ogni altra opera il cui scopo sia di mantenere profondo e spurgato un porto, facilitarne l'accesso e l'uscita ed aumentarne la sicurezza»*.

erogare i proventi, che si possono dall'uso di essi ricavare, in opere marittime di utilità riconosciuta dal ministero dei lavori pubblici».

Rispetto all'articolato sistema previsto in tema di concessioni dal codice della Marina mercantile, le finalità della disposizione da ultimo richiamata erano, tuttavia, profondamente differenti.

Mentre la normativa del codice della Marina era dedicata a regolare lo strumento concesso al privato per l'occupazione dei suoli demaniali, privilegiando l'uso industriale dello stesso (in quanto ritenuto il più idoneo a salvaguardare le finalità pubbliche che si ritenevano connaturate con la natura demaniale delle aree interessate), la disciplina del t.u. del 1885 era, invece, volta tanto a disciplinare, quanto a sollecitare, la realizzazione degli investimenti per la costruzione e sviluppo delle infrastrutture portuali, mediante la concessione di costruzione, benché senza la possibilità di una remunerazione tramite affidamento in gestione esclusiva¹⁷.

L'elemento della gestione delle opere marittime affidate in costruzione, tramite concessione, venne introdotto successivamente con l'entrata in vigore del Regolamento attuativo del medesimo t.u., approvato con r.d. 26 settembre 1904, n. 713, consentendo pertanto ai concessionari di recuperare gli importi impiegati per la realizzazione delle opere marittime, mediante l'uso delle opere stesse.

Quest'ultimo, infatti, conteneva una specifica regolamentazione dell'esercizio delle opere affidate in costruzione a *«province, i comuni, le camere di commercio e i privati»*, stabilendo che *«la concessione dell'esercizio di opere marittime non potrà mai eccedere i novant'anni ed al termine della concessione le opere stesse passeranno al demanio pubblico»* (art. 39).

A ciò aggiungendo che tra le opere in parola erano ricomprese, oltre a quelle indicate nell'art. 5 del t.u., anche *«tutte le altre che hanno per iscopo di facilitare il carico, scarico, deposito e trasporto delle merci. Le altre opere d'interesse della navigazione e del commercio marittimo da costruirsi nell'ambito dei porti o nelle aree demaniali marittime, sono per la loro esecuzione subordinate a preventivi concerti che gli interessati debbono prendere col Ministero dei lavori pubblici, il quale provvede all'approvazione dei relativi progetti. Le concessioni relative a tali opere, siano esse fatte ad enti morali od a privati, sono soggette alle disposizioni del codice per la marina mercantile ed al relativo regolamento, osservate, ove del caso, le disposizioni dell'art. 5 della legge 20-3-1865, allegato F»* (art. 13).

2.3. Il procedimento di concessione in parola risultava di particolare complessità¹⁸, poiché ad esso partecipavano sia il soggetto che aveva la

¹⁷ B. TONOLETTI, *op. cit.*, 40

¹⁸ G. SIRIANNI, *L'ordinamento portuale*, Milano, 1981, 73.

potestà di concedere l'opera pubblica, sia l'amministrazione proprietaria del bene.

In particolare si prevedeva che:

(a) all'amministrazione preposta ai lavori pubblici spettasse la valutazione del progetto e del piano finanziario, formulati dall'aspirante concessionario «*sia per quanto riguarda la natura e la struttura delle opere progettate, la loro pubblica utilità ed il costo previsto di esse, sia per quanto concerne le condizioni e modalità da osservarsi per la loro costruzione, manutenzione ed esercizio, e sui mezzi finanziari per far fronte alle necessarie spese*» (art. 35 t.u.)

(b) all'amministrazione marittima veniva invece attribuito il compito di concedere nelle forme usuali le zone acquee o aree di pertinenza del demanio marittimo (artt. 36 e 48);

(c) l'atto di concessione veniva emesso, infine, con decreto del Presidente della Repubblica.

A fianco della concessione di beni demaniali, si collocava dunque una figura, quale la concessione di costruzione e gestione delle opere marittime, diversa dalla prima per natura e denominazione, ma all'atto pratico ad essa, perlomeno in parte, assimilabile¹⁹.

Cosicché, le due discipline concessorie potevano andare a sovrapporsi, benché rimanessero delle differenze di fondo non certamente irrilevanti: si pensi, ad esempio, che la proprietà delle opere gestite ai sensi del r.d. 26 settembre 1904, n. 713 rimaneva in capo al concessionario per tutta la durata della concessione, acquisendo al termine la natura di bene del demanio, mentre oggetto della concessione di aree demaniali marittime erano, per l'appunto, aree già di proprietà del demanio.

Cionondimeno, la sovrapposizione tra le due figure di concessione, specie con riferimento alle aree portuali, era tutt'altro che improbabile: non solo, come detto, sotto un profilo meramente operativo, ma anche perché esse erano accomunate dalla medesima esigenza, sottesa ad entrambe le normative di riferimento, di incentivare l'utilizzo del «bene pubblico» o del bene per finalità pubbliche al fine di agevolare lo sviluppo dell'economia del Paese²⁰.

¹⁹ Tanto che nella vigenza del Codice della Navigazione del 1942, come si vedrà in seguito, la dottrina configurava tale forma di concessione quale *species* del *genus* concessione di beni demaniali marittimi.

²⁰ Infatti, ad avviso di L. ACQUARONE, *Le concessione di porti e impianti portuali per il naviglio da diporto*, cit., 232 ss., laddove si provvede a rilasciare atti di concessione ai sensi dall'art. 36 cod. nav., a beneficio di imprenditori privati che avevano presentato domanda per la costruzione e gestione di approdi turistici, tale strumento fu utilizzato in modo improprio, essendo questo diretto a consentire essenzialmente l'occupazione di aree demaniali marittime e di mare territoriale. In tal caso, ad avviso dell'Autore, si sarebbe cioè dovuto applicare, per l'appunto, la normativa per la costruzione e gestione su concessione delle opere marittime contenuta nel t.u. del 1885 e nel relativo regolamento del 1904. In

Nel quadro normativo delineato, le caratteristiche che contraddistinguevano la materia delle concessioni di beni pubblici nei porti erano, dunque, le seguenti:

a) la regolazione capillare delle diverse *species* di concessioni di beni demaniali marittimi;

b) la marcata preferenza del legislatore affinché tali beni venissero destinati agli usi industriali;

c) l'assenza di una disciplina che regolasse lo svolgimento delle operazioni portuali, le quali si svolgevano, dunque, senza alcune restrinzioni ed a seconda della volontà dei privati;

d) l'esistenza di una disciplina che, nell'indicare il riparto di spese tra Stato e gli enti locali interessati per la realizzazione di opere marittime, contemplava la possibilità di dare in concessione la costruzione di opere marittime (originariamente, senza, prevederne in cambio la gestione; in seguito, come detto, attribuendo la possibilità di gestione delle opere realizzate fino ad un periodo massimo di novant'anni).

Il contesto di riferimento, tuttavia, ben presto mutò.

3. L'istituzione del Consorzio del Porto di Genova nel 1903 e la sentenza Bodoano, Piccaluga e altri c. Consorzio autonomo del Porto di Genova, della Quarta Sezione del Consiglio di Stato del 31 dicembre 1906, tra declino del criterio dell'uso pubblico ed affermazione del servizio pubblico nella gestione delle aree portuali.

La principale critica cui si esponeva il complesso normativo sin qui delineato consisteva nell'assenza di una stabile programmazione delle opere portuali affidata, sulla base della normativa del 1885, più che altro alla casualità.

Ed a ciò si aggiungeva l'incapacità di risolvere, sulla base di tale normativa, le carenze strutturali cui soffrivano i porti italiani e che erano state accentuate dall'aumento dei traffici marittimi²¹.

A tali problemi si tentò di dare risposta, inizialmente, intervenendo sul maggiore scalo del Paese, con l'istituzione del Consorzio autonomo per il porto di Genova, ad opera della legge 12 febbraio 1903, n. 50²².

Il clima nel quale si consolidarono le problematiche in tema di gestione

senso critico v., sul punto, anche M. CASANOVA, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano, 1986, 133 ss.

²¹ F. D'ANIELLO, *Porti*, in *Nss. dig. it.*, XIII, 1966, 296.

²² G. PIOLA, *Porti*, cit. 1245 e ss., secondo cui la finalità di tale legge poteva essere così chiarita: «*la varietà di quanto deve esser compiuto acciò un grande porto renda il massimo di utilità possibile, la diversità degli organi chiamati a provvedere ai servizi, mal comportano, se si vuole che la maggior possibile utilità sia ottenuta, un'azione a uno stato discreto di ciascuna delle Amministrazioni interessate ad agire, esigono organi i quali, coordinando i vari servizi, diano unità alle svariate azioni*».

dei porti risenti, tuttavia, dell'abbandono della visione liberale classica in materia di politica economica, sotteso al progressivo affermarsi dell'avanzante indirizzo protezionistico e corporativistico, così come delle prime rivendicazioni di stampo socialista²³.

L'art. 1 della legge sul Consorzio del Porto di Genova, infatti, stabiliva che «*è costituito un Consorzio obbligatorio avente mandato di provvedere, con gli speciali fondi attribuitigli, alla esecuzione delle opere, alla gestione ed al coordinamento dei servizi nel porto di Genova. Il Consorzio (...) provvede direttamente; 1°- all'amministrazione dei fondi e dei proventi assegnatigli; 2°- all'esecuzione delle opere portuali ordinarie e straordinarie, nonché alla manutenzione ordinaria e straordinaria ed alla riparazione delle opere stesse e di quelle già esistenti nel porto di Genova; ai servizi marittimi portuali e a promuovere (...) il coordinamento ed il miglioramento egli altri servizi svolgentesi nel porto, nonché di regolare e disciplinare in simile maniera ogni genere di prestazione dell'opera personale fatta dagli individui addetti ai lavori ed ai servizi portuali*».

La legge rappresentava, dunque, un capovolgimento rispetto alla situazione preesistente: invero, pur non attribuendo al Consorzio la gestione diretta delle attività portuali, attraverso l'espresso affidamento dei relativi compiti di coordinamento e miglioramento, essa apriva alla possibilità che il Consorzio se ne ingerisse²⁴.

E proprio la riferita disciplina aprì alla prima affermazione delle operazioni portuali quali attività necessariamente da ricondurre alle logiche pubblicistiche: circostanza che si verificò con il celebre arresto della Quarta Sezione del Consiglio di Stato del 31 dicembre 1906, che vide coinvolto lo stesso neocostituito Consorzio²⁵.

Il giudizio traeva origine dalla pubblicazione del decreto del Presidente

²³ V. CASTRONOVO, *Storia Economica d'Italia*, Torino, 2006, 125 e ss. e con riferimento alle vicende legate alla nascita e alla affermazione del partito socialista italiano ed alla politica economica perseguita nell'epoca giolittiana D. MACK SMITH, *Storia d'Italia dal 1861 al 1997*, Bari, 290. Con riguardo ai riflessi dell'epoca sulla origine e sviluppo della teorica dei servizi pubblici, cfr. L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 400 e ss.

²⁴ Cfr. B. TONOLETTI, *op. cit.*, 41 secondo cui la situazione fu tale che, ben presto, «*il nuovo ente non si limitò a rendere obbligatori i servizi di pilotaggio e di rimorchio, ma estese lo schema del servizio obbligatorio in esclusiva sia all'uso delle maestranze portuali, sia allo sbarco e l'imbarco delle merci tramite impresa intermediaria, rispettivamente nel 1904 e nel 1907*»

²⁵ La sentenza "*Bodoano Piccaluga e altri c. Consorzio autonomo del Porto di Genova*", in *Foro it.*, 1907, III, 17, venne annotata da L. RAGGI (*ivi*, 116), da E. REDENTI, *Sull'uso generale dei beni demaniali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1908 (a cui lo stesso Raggi rispose con il saggio dal titolo *Servizio pubblico e demanialità*, in *Filangieri*, 1909, 81 e ss.) e da F. CAMMEO, in *Giur. it.*, 1907, III, 173 con conclusioni diametralmente divergenti. Il contrastante punto di vista degli Autori è ben argomentato da B. TONOLETTI, *op. cit.*, soprattutto, 166 e ss. Le diverse tesi verranno riprese ed esaminate nel Capitolo II.

del Consorzio del 15 giugno 1904, recante il regolamento per l'imbarco, lo sbarco e il facchinaggio delle merci all'interno del Porto di Genova (in particolare, di carboni minerali).

Per mezzo di questo regolamento si stabiliva che il numero dei lavoratori del porto sarebbe stato limitato dal Consorzio, in ragione di non meglio precisate «circostanze e necessità», attraverso la previsione dell'iscrizione obbligatoria degli stessi in un apposito ruolo ai fini della loro ammissione ai lavori nel porto. Ed, inoltre, nel regolamento si introduceva l'obbligo: per gli operai addetti ai carboni minerali, di riunirsi in compagnie costituite *ad hoc*, mentre per i commercianti e i loro mandatari operanti nel porto, di servirsi di tali compagnie per l'espletamento delle operazioni di carico, scarico e movimentazioni dei carboni.

Contro il regolamento adottato dal Consorzio insorsero però alcuni commercianti e l'associazione generale del commercio dei carboni fossili, che ne contestavano la legittimità sotto il profilo della violazione della libertà di lavoro e della concorrenza nella scelta dell'operaio e di pagamento diretto dei compensi.

Dal canto suo, il Consorzio si difese appellandosi, invece, al sopra richiamato disposto dell'articolo 1 della propria legge istitutiva, ove gli consentiva la possibilità di disciplinare le prestazioni d'opera degli addetti ai lavori ed ai servizi portuali.

Il Consiglio di Stato respinse il ricorso proposto, non sulla base delle motivazioni addotte dal Consorzio, bensì in forza di altre argomentazioni, che si rileveranno ben più significative ai fini della qualificazione giuridica delle operazioni portuali²⁶.

Scartata la possibilità che il potere del Consorzio trovasse una ragione nella propria legge costitutiva, il Consiglio di Stato ne giustificò la sussistenza sulla base del concorso tra il carattere demaniale del porto e lo scopo dell'ente stesso. Rilevò, infatti, il Supremo Consesso amministrativo che se nel regime di amministrazione ordinaria «*manca un'amministrazione la quale del porto nel suo complesso come strumento di commercio abbia la gestione e l'esercizio*», scopo della legge del 1903 era proprio di «*concentrare sotto una sola direzione tutti i servizi d'interesse commerciale del porto, di fare del porto un organismo unico, che organicamente provveda a tutti i bisogni d'indole generale*»: sotto tale profilo, «*la gestione del porto affidata al Consorzio assume carattere sostanzialmente identico all'esercizio di una pubblica ferrovia*».

²⁶ In particolare, con riferimento alla tesi difensiva formulata dal Consorzio, il Consiglio di Stato osservò che «*è audace affermare esservi contraddizione tra la facoltà di regolare e disciplinare ogni genere di prestazione dell'opera personale fatta dagli individui addetti ai lavori ed ai servizi del porto, ed il principio di libera concorrenza, altro essendo disciplinare l'esercizio di una qualsiasi libertà, altro sopprimerla: se ciò non fosse, ogni forma di libertà, ogni specie di diritto dovrebbe ritenersi negata, sol perché non ve ne è forse alcuno che non soggiaccia nel suo svolgimento a norme e restrizioni*».

In particolare, considerato che lo scopo del porto commerciale coincideva con il carico e lo scarico delle merci, «*se nella generalità dei casi esso é abbandonato all'iniziativa privata, limitandosi l'amministrazione a provvedere ai soli impianti stabili, calate, gru, macine, certo é che al suo ordinato e rapido svolgimento si collegano gravissimi interessi del commercio, e ben può quindi in speciali condizioni di fatto e in un porto di non comune importanza come quello di Genova venir considerato come un pubblico servizio*».

Una recente dottrina ha evidenziato in modo condivisibile che, con la pronuncia in questione, si compiva improvvisamente un “salto concettuale” rispetto al sistema allora vigente, dando «*per scontato un modello pubblicistico di regolazione dei beni demaniali che non era in precedenza mai comparso in alcuna pronuncia giurisprudenziale*»²⁷. Nello stesso tempo, si può aggiungere che questa decisione apriva ad un diverso ordine sistematico di indagine che vedeva scavalcare, sul piano della rilevanza, l'attività svolta sulle aree portuali, rispetto alla regolazione della destinazione delle aree stesse.

Lo stravolgimento che interessava la materia dei porti e che avrebbe comportato un mutamento sostanziale nella loro organizzazione era in realtà il riflesso di una teorica più ampia che si andava affermando in dottrina, volta a superare le precedenti riflessioni, secondo cui l'uso pubblico del bene demaniale ed il servizio pubblico svolto su di esso erano tra di loro incompatibili²⁸, e che avrebbe portato alla consacrazione di quest'ultimo a discapito del primo.

Tale prospettiva giocò, infatti, un ruolo decisivo affinché la disciplina delle operazioni portuali assumesse una valenza centrale nella regolazione dei porti.

In tal senso, le operazioni portuali vennero cioè considerate quali attività necessariamente regolate dall'amministrazione, in quanto comportanti un servizio pubblico: conclusione, che veniva espressamente formulata proprio dal Consiglio di Stato nella sentenza del 1906, ove rilevava che «*è impossibile infatti parlare di libertà di lavoro e di libera concorrenza, quando si è di fronte ad un pubblico servizio, per lo svolgimento del quale si ritenga necessario un lavoro reggimentato e diretto*».

Nel contempo, tale circostanza fece però venir meno l'interesse nei confronti della regolazione delle aree del demanio portuale, su cui tali operazioni, così qualificate, si svolgevano.

²⁷ B. TONOLETTI, *op. cit.*, 331.

²⁸ L. RAGGI, *Facoltà regolamentari relativamente all'uso di cose patrimoniali dell'Amministrazione*, in *Foro it.*, 1907, III, 117.

4. *La successiva disciplina istitutiva degli enti di gestione portuale e l'ingerenza dell'amministrazione nello svolgimento delle operazioni portuali.*

La svolta non fu, ovviamente, repentina; ma progressiva (in ciò, presumibilmente, aiutata dal clima politico e sociale che seguì), benché sovente quasi contraddittoria²⁹.

In epoca successiva, ed in particolare con l'avvento del fascismo, la deriva corporativistica aumentò, così come maggiore rilievo venne attribuito alla regolazione delle attività portuali da parte degli enti preposti alla gestione dei porti³⁰.

Non stupisce, dunque, che nel successivo regolamento alla legge costitutiva del Consorzio del Porto di Genova³¹ facessero la loro comparsa disposizioni che prevedevano che «*per quanto concerne la esecuzione delle opere, le principali attribuzioni del Consorzio si riferiscono: (...) b) alla costruzione di magazzini e all'impianto di meccanismi per carico e scarico delle merci, qualora non creda provvedervi per mezzo dell'industria privata*» (art. 4); ovvero «*per quanto concerne i servizi, il Consorzio: a) provvede ai servizi marittimi indicati nei capi I, II, IV, VI, del titolo 3° del Codice per la marina mercantile e corrispondenti capi del regolamento; (...) c) cura il servizio, anche con esercizio diretto, degli apparecchi di carico e scarico, disciplina l'occupazione delle aree e dello specchio acqueo, la custodia delle merci, istituisce ed esercisce, direttamente o a mezzo di concessione, senza obblighi o vincolo alcuno di prelazione, magazzini generali, stazioni e magazzini di deposito delle merci di ogni altro servizio relativo al porto*» (art. 5)³².

Anche gli altri enti³³, preposti alla gestione dei porti della Penisola,

²⁹ Ad es., nel caso della legge istitutiva dell'Azienda preposta alla gestione del porto di Napoli, la concessione ad essa delle aree portuali, disposta ai sensi delle disposizioni del Codice per la marina mercantile, costituirà il presupposto per lo svolgimento da parte di questa delle operazioni portuali. Anche in siffatta ipotesi, tuttavia, la rilevanza attribuita allo svolgimento delle operazioni portuali appare centrale, con ciò distinguendosi rispetto alla situazione previgente, nella quale, come si è visto, era completamente assente qualsiasi interesse per lo svolgimento delle operazioni portuali, essendo esse lasciate alla libera iniziativa dei privati.

³⁰ Le vicende sono ricordate, tra gli altri, da F. D'ANIELLO, *Porti*, cit., 296 ss.

³¹ Approvato con r.d. 11 aprile 1926-IV, n. 736/1037.

³² Il testo unico della legge costitutiva del Consorzio del Porto di Genova, successivamente emanato in epoca fascista (e dunque ancor più contrassegnato dalle logiche corporativistiche) si rinviene, insieme alle altre leggi emanate ai fini dell'istituzione degli enti di gestione dei porti di Venezia, Trieste, Napoli, etc.. in L. PARINI, *Legislazione e Regolamenti portuali*, cit..

³³ Come è stato evidenziato dalla dottrina, l'organizzazione dei porti era essenzialmente affidata a tre categorie di soggetti pubblici: a) le aziende dei mezzi meccanici; b) gli enti portuali «tradizionali»; c) ulteriori forme particolari di enti quali il Consorzio per il porto di Brindisi, il Consorzio per lo sviluppo del porto industriale di Venezia e Marghera, ect.. Cfr.,

presentavano in sostanza l'approccio rinvenibile nella disciplina del Consorzio del Porto di Genova.

In tal senso, il r.d.l. 14 marzo 1929, n. 503/1128, convertito nella legge 8 luglio 1929, n. 1342/1984 di approvazione dell'Ordinamento del Provveditorato al porto di Venezia, prevedeva, infatti, disposizioni analoghe a quelle sopra richiamate³⁴.

In questo caso cioè la concessione delle aree del porto in favore della "Azienda pubblica di gestione", diveniva strumentale all'organizzazione delle attività e delle operazioni del porto, che venivano in sostanza conferite in capo alla Azienda stessa³⁵.

E più o meno negli stessi termini si esprimeva anche il r.d.l. 23 ottobre 1930, n. 1434/1759 (convertito nella l. 231/1931), di "Istituzione della

sul punto G. PERICU, *Porto (navigazione marittima)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, XXXIV, 442 ss. E G. SIRIANNI, *op. cit.*, 89 ss.

³⁴ In particolare, l'art. 2 del RD n. 503/1128 disponeva che «*l'esercizio commerciale del porto di Venezia è affidato, sotto la dipendenza del Ministero delle comunicazioni, ad una azienda autonoma denominata «Provveditorato al porto» alla quale sono devolute le seguenti attribuzioni: a) gestione delle operazioni di sbarco, imbarco, trasbordo, deposito e trasporto delle merci e disciplina delle prestazioni della mano d'opera che vi è adibita, con tutti i compiti assegnati agli uffici del lavoro portuale dal 1° comma dell'art. 2 e al comandante del porto dall'ultimo comma dell'art. 6 R.D. L. 1 febbraio 1925 n. 232; b) gestione dei depositi franchi, dei magazzini generali, dei depositi fiduciari e di altri analoghi stabilimenti che esistono e sorgessero in seguito, in zone demaniali marittime sotto l'osservanza delle leggi doganali; (...) d) gestione dei suoli, degli spazi acquei e degli edifici di pertinenza del demanio marittimo, di concerto con la Capitaneria di porto e sotto l'osservanza delle disposizioni contenute nel Codice per la marina mercantile e nel regolamento per la sua esecuzione in materia di concessioni (...)».*

Parimenti, si esprimeva il r.d. legge 3 settembre 1932, n. 1789/2063 regolante l'«Istituzione di un'azienda per l'esercizio dei Magazzini generali di Trieste»³⁴, che attribuiva a quest'ultima il compito di provvedere «*per l'esercizio dei Magazzini generali eretti nei territori franchi del porto di Trieste (...) 2° per l'esercizio commerciale esclusivo degli impianti portuali, rive, moli, hangars (capannoni), binari, condutture, grue ecc, nei porti franchi di (...) nonché nella parte del porto doganale provvisto di hangars, e, limitatamente alle operazioni con carri ferroviari, e alle aree date in uso, nelle altre parti del porto stesso. Sono compresi in tale esercizio il lavoro di carico, scarico e deposito di merci e l'esercizio ferroviario merci (...); 6° per la manutenzione di tutte le opere affidate alla sua gestione escluse quelle delle rive e dei moli fra il primo binario e il ciglio della banchina, nonché per la costruzione dei nuovi impianti (...)».*

L'art. 10 del medesimo r.d. prevedeva, altresì, che «*è concessa gratuitamente all'Azienda dei Magazzini generali per tutta la sua durata, l'uso di tutte le aree, opere, edifici, attrezzi, mobili galleggianti, macchinari ed impianti appartenenti allo Stato che formano parte dell'attuale gestione dei Magazzini generali, nonché di tutte le aree, impianti e fabbricati che saranno destinati ai Magazzini stessi. La concessione si intende fatta a norma degli articoli 157 e 158 del Codice per la marina mercantile e 785 e seguenti del relativo regolamento».*

³⁵ In una logica che, come vedremo, risulterà diametralmente opposta rispetto a quella sottesa alla legge n. 84/1994 nella quale la concessione di aree e banchine può essere operata solo nei confronti degli operatori già in possesso dell'autorizzazione all'espletamento delle operazioni portuali ai sensi dell'art. 16.

Azienda dei mezzi meccanici e degli arredamenti portuali di Napoli”, la quale prevedeva, all'art. 3, che «*l'Azienda avrà la gestione delle aree, dei capannoni, dei magazzini, dei mezzi meccanici e degli altri impianti immobili e mobili finora gestiti dal R. Commissario Straordinario del porto di Napoli e che siano affidati all'esercizio diretto di essa, nonché di quegli altri impianti ed arredamenti che in seguito compirà od introdurrà a spese della propria gestione*»³⁶.

Dall'esame dell'evoluzione della disciplina menzionata, sembra dunque doversi dedurre che, ad un iniziale interessamento delle finalità delle aree e dei beni demaniali (specie, portuali) conferite in concessione, l'ordinamento spostò progressivamente il proprio interesse anche sulle attività e sulle operazioni che venivano svolte sulle aree stesse³⁷.

Tale situazione trovò la sua massima consacrazione nella disciplina successiva³⁸.

³⁶ Di particolare interesse è la specifica disciplina del servizio dei mezzi meccanici per l'imbarco e lo sbarco delle merci, i quali potevano essere o di proprietà di persone fisiche o giuridiche, venendo in tal caso gestite dalle medesime sotto il controllo e previa autorizzazione del comandante del porto, ovvero essere di proprietà dello Stato.

In quest'ultimo caso essi potevano essere gestiti direttamente dalla Capitaneria di Porto (ai sensi dell'art. 123 r.d. 26 settembre 1904, n. 713) o affidati in concessione dalla stessa ai privati (art. 122). In seguito, il r.d. n. 541/1941 diede la facoltà al Ministro per la Marina mercantile di affidare con proprio decreto, alla Capitaneria di porto o ad altri uffici marittimi dipendenti, la gestione degli apparecchi di carico e scarico dei magazzini per la temporanea sosta delle merci appartenenti allo Stato mediante la costituzione di aziende speciali che assumevano la denominazione di “Azienda dei mezzi meccanici e dei magazzini portuali”. Queste non avevano personalità giuridica propria ma erano ritenuti organi tecnici dell'amministrazione periferica della marina mercantile, dotati di limitata autonomia contabile e finanziaria (cfr. sul punto F. D'ANIELLO, *op. cit.*, 296).

Più esplicita, nel conferire espressamente la gestione delle operazioni portuali (benché attraverso l'affidamento della gestione dei mezzi preposti a tali operazioni), è la normativa che regola «l'incarico all'Ufficio del lavoro portuale di Savona» (Ente costituito in sostituzione del soppresso Ente portuale Torino-Savona: l'articolo 1 del dm 29 ottobre 1927-VI stabiliva, infatti, che «*all'Ufficio del lavoro portuale di Savona è affidata la gestione degli apparecchi meccanici di carico e scarico già amministrati dal soppresso Ente portuale Torino-Savona*»).

Alle organizzazioni portuali, cui si è fatto riferimento, è poi da aggiungere anche quella relativa al Porto di Palermo. All'ente preposto, benché di più tarda costituzione (essendo istituito con legge n. 1268/1961), erano «*attribuiti i compiti di costruzione e di manutenzione delle opere e degli impianti portuali, della gestione dei beni del demanio marittimo, dei mezzi meccanici e della stazione marittima, della disciplina del lavoro portuale ed, eventualmente, della gestione dei magazzini e delle operazioni d'imbarco, sbarco e deposito delle merci, nonché del servizio idrico e del rimorchio*», come rilevato da F. D'ANIELLO, *op. cit.*, 297, che lo ritiene l'Ente più prossimo, per la complessità dei compiti affidatigli, al Consorzio del Porto di Genova.

³⁷ Con riferimento allo sviluppo successivo, rispetto a quello cui si è fatto riferimento nel testo, della disciplina degli enti portuali e delle aziende dei mezzi meccanici, si veda in particolare, G. SIRIANNI, *op. cit.*, 92 e ss..

³⁸ Come ha osservato B. TONOLETTI, *op. cit.*, 41, nella legge istitutiva del Consorzio del Porto di Genova le attività portuali non venivano attribuite direttamente alla gestione del

5. *Il regime delle concessioni demaniali marittime nel codice della navigazione del 1942 e nel regolamento per la navigazione marittima.*

A seguito dell'introduzione del r.d. 30 marzo 1923, n. 2476³⁹, ma soprattutto con l'entrata in vigore del r.d. 30 marzo 1942, n. 327 ("codice della navigazione")⁴⁰, unitamente al relativo regolamento di attuazione – approvato con il d.p.r. 15 febbraio 1952 n. 328 (a cui si aggiunge il d.p.r. 28.6.1949, n. 631, «*Regolamento per la navigazione interna*») – la concessione dei suoli demaniali marittimi (ed in specie a quella relativa alle aree portuali) venne, infatti, assoggettata ad una disciplina diversa, sotto il profilo sistematico, rispetto a quella previgente⁴¹.

Nella sopravvenuta disciplina, ricompresa nel capo I del titolo II del codice, rubricato «*Del demanio marittimo*»⁴², la disposizione centrale era rappresentata dall'art. 36, a mente del quale, l'Amministrazione marittima «*compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo*».

Le disposizioni successive erano invece dedicate: alla regolazione delle domande pervenute dagli aspiranti concessionari (art. 37); alla disciplina dell'occupazione di zone demaniali, provvisoriamente, *sine titulo*, nei casi di urgenza (art. 38)⁴³, alla regolazione del rapporto concessorio (artt. 46-47) etc., senza alcun riferimento alla funzione delle aree concesse, né alla

Consorzio, «*cui spettava solo la facoltà di promuoverne uno spontaneo coordinamento e miglioramento. Tuttavia, il mandato politico tacito che il governo aveva affidato al Consorzio apparve subito ben più esteso*». Con le leggi istitutive dei vari enti portuali e con l'introduzione del codice della navigazione tale aspetto sembra essere divenuto pacifico. Va tuttavia chiarito che, in realtà, le singole leggi regolanti gli enti di gestione dei porti al momento dell'introduzione del cod. nav., erano o lo sarebbero ben presto diventati, ben più «invasivi» con riguardo alla gestione delle operazioni portuali: invero, il codice del 1942 non attribuiva la gestione delle operazioni portuali direttamente in capo alle Autorità portuali o agli enti stessi (cosa che invece venne fatta dalle leggi di settore).

Cionondimeno, il cod. nav. rappresenta in tema di operazioni portuali la prima codificazione, ossia la prima volta che nell'ordinamento interno viene introdotta una disciplina organica di queste attività, imputandole, con le modalità cui si farà cenno in seguito, alla volontà della Amministrazione.

³⁹ È importante rilevare che all'art. 1, lett. e) del menzionato rd del 1923, le operazioni portuali vengono espressamente definite quale «servizio di carattere pubblico».

⁴⁰ Più correttamente, del r.d. 27 gennaio 1941, n. 9, con cui si era approvato originariamente il testo del Codice della navigazione: il successivo r.d. del 1942 consiste, infatti, in una nuova approvazione dovuta alla necessità di emendare il testo alla luce delle disposizioni del codice civile, anch'esso, come noto, del 1942.

⁴¹ Che, secondo B. TONOLETTI, *op. cit.*, 48, sarebbe confluita in «*un'ottica di accentuazione del potere di scelta della pubblica amministrazione analoga a quella vista per le acque*».

⁴² Circostanza che lasciava ben pochi dubbi sul fatto che essa fosse inevitabilmente segnata dalla concezione, confluita nel cod. nav., di porto quale "bene demaniale": cfr., al riguardo, G. PERICU, *voce Porto (Navigazione Marittima)*, cit. 425 ss.

⁴³ *Ibidem*, 281.

regolazione delle attività consentite.

Inoltre, la disciplina delle concessioni si articolava più precisamente nel regolamento di attuazione al codice: in particolare, l'art. 5 del d.p.r. 15 febbraio n. 328/1952 stabiliva che «*chiunque intenda occupare per qualsiasi uso zone del demanio marittimo o del mare territoriale o pertinenze demaniali marittime, o apportarvi innovazioni, o recare limitazioni agli usi cui esse sono destinate, deve presentare domanda al capo del compartimento competente per territori*», mentre le successive disposizioni del regolamento contribuivano a delineare una disciplina più sistematica dell'istituto in esame.

Tale disciplina introduceva diverse forme di concessione di beni demaniali marittimi, cioè⁴⁴:

a) le cd. "concessioni ordinarie o per atto formale", aventi durata superiore a 4 anni e rilasciate per atto pubblico dal Ministro della Marina mercantile e dal direttore marittimo, in virtù del combinato disposto dell'art. 36 cod. nav. e dell'art. 9 del relativo reg.⁴⁵;

b) le cd. "concessioni per licenza", aventi durata non superiore a 4 anni e rilasciate dal Compartimento secondo una struttura più agile e meno formale rinvenibile dalla combinazione dell'art. 36 cod. nav. e dell'art. 8 del reg.⁴⁶;

⁴⁴ In realtà la distinzione riportata nel testo era menzionata già prima dell'entrata in vigore del codice da E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova 1934, 342; ID., *I procedimenti per concessioni sul demanio marittimo* in *Giur. It.*, 1962, 2; G. PESCATORE, *Sulla disciplina del demanio marittimo*, in *Studi per la codificazione*, III, 882; questa prospettiva è stata più di recente ripresa anche da M. VALBONESI, *Le concessioni amministrative di beni demaniali marittimi*, in *Funzione amm.*, 1993, 559, nonché da F.A. QUERCI, *Note sui procedimenti per concessioni sul demanio marittimo*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1962, 311.

⁴⁵ Norma che prevedeva che «*le concessioni di durata superiore al quadriennio o che importino impianti di difficile rimozione devono essere fatte per atto pubblico ricevuto da un ufficiale di porto a ciò destinato con decreto del capo del compartimento. In qualità di rappresentante dell'amministrazione concedente interviene il capo del compartimento. Per i compartimenti sedi di direzione marittima e quando si tratti di concessione di durata non superiore a quindici anni interviene l'ufficiale più elevato in grado dopo il capo del compartimento*»

⁴⁶ Il quale prevedeva che «*le concessioni di durata non superiore al quadriennio che non importino impianti di difficile rimozione sono fatte dal capo del compartimento con licenza e possono essere rinnovate senza formalità di istruttoria, salvo il parere dell'intendenza di finanza sulla misura del canone, quando questo non sia determinato in via generale ai sensi del penultimo comma dell'articolo 16. Tuttavia qualora entro due mesi dalla richiesta detto parere non sia pervenuto, s'intende confermata la precedente misura del canone*»

In particolare, con riferimento a tali concessioni, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che «*nelle c.d. concessioni per licenza, previste dall'art. 8 d.p.r. 15 febbraio 1952 n. 328 (contenente il regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione), l'atto conclusivo del procedimento è il solo a costituire e regolare il rapporto concessorio, laddove le manifestazioni di volontà del privato (es. pagamento del canone, atti di sottomissione) e della stessa amministrazione, lungi dall'esplicare effetti costitutivi, assumono valenza esclusivamente endo-procedimentale*» (Tar Sardegna, 9 aprile 1993, n. 344).

c) le cd. “concessioni speciali” diverse rispetto alle altre, per contenuto e relative procedure di rilascio. Tra queste vi rientravano, in particolare, le concessioni riguardanti:

- opere portuali (art. 18 r.d. n. 3095/1885);
- zone di pesca (art. 219 cod. nav.);
- magazzini in generale, punti franchi, depositi ecc. (art. 52 cod. nav.);
- estrazione e raccolta di arena e altri materiali (art. 54 cod. nav.);
- attività di pubblico interesse (art. 52 cod. nav.);
- stabilimenti e depositi costieri di sostanze infiammabili ed esplosive (art. 52, co. 2, cod. nav.).

Va detto che, a prescindere dalla formale ripartizione prevista dai testi di riferimento, la dottrina che si era occupata di approfondirne i caratteri sotto il profilo qualificatorio aveva concluso che le concessioni “vere e proprie” e quelle per licenza non presentavano elementi di distinzione ben identificabili, tanto da giungere, pur rilevando la non sempre agevole distinzione tra le due figure, a distinguerle, sotto un profilo empirico, sulla base dei seguenti criteri: *a)* la loro reciproca rilevanza; *b)* la durata e *c)* la natura dell'attività consentita all'utente⁴⁷.

La distinzione tra le forme di concessione cui si è fatto sopra cenno riverberava naturalmente anche sotto il profilo delle competenze nel loro rilascio.

Cosicché, nell'ipotesi di rilascio per licenza era competente il capo del compartimento che poteva rinnovare le concessioni senza formalità di istruttoria, salvo l'intendente di finanza sulla misura del canone, laddove questo non fosse determinato in via generale ai sensi dell'art. 16, penultimo comma del regolamento.

Con riguardo alle “concessioni vere e proprie”, competente per il loro rilascio era il solo Ministro per la Marina mercantile.

Ancora diversa, sotto il profilo della competenza, era il caso delle concessioni di durata superiore a quattro, ma non a quindici anni, e quelle di durata non superiore al quadriennio che importino impianti di difficile sgombero, competente era il direttore marittimo e dovevano essere fatte per atto pubblico da un ufficiale di porto a ciò destinato con decreto del capo del compartimento ai sensi dell'art. 9 del regolamento.

Risultava, infine, più complesso riferire un singolo procedimento unitario nei casi di “concessioni speciali”, attesa la peculiarità delle singole fattispecie in esame⁴⁸.

⁴⁷ F.A. QUERCI, *op. cit.*, 96.

⁴⁸ Fermo restando quanto già riferito in ordine alla figura delle concessioni di costruzione e gestione di “opere marittime”: cfr., al riguardo, M. VALBONESI, *op. cit.*, 576 e ss..

6. *Le fasi del procedimento di rilascio delle concessioni demaniali marittime.*

Ad avviso della dottrina prevalente⁴⁹, il procedimento di rilascio delle concessioni demaniali marittime si poteva, inoltre, articolare nelle seguenti fasi: *a)* la fase introduttiva del procedimento; *b)* la fase istruttoria; *c)* la fase di decisione⁵⁰.

La fase introduttiva, non presentava particolari difficoltà, concretandosi nella istanza del privato che «*vuole ottenere il beneficio formante oggetto di concessione*»⁵¹.

La fase istruttoria era, invece, più delicata, in quanto le sue risultanze incidevano sulla fase di decisione.

Essa si distingueva, inoltre, dalle altre fasi, giacché richiedeva un'approfondita indagine in ordine alla ricorrenza di determinati presupposti di fatto dalla cui sussistenza discende la decisione finale di rilascio della concessione. Per tale ragione, in questa fase si richiedevano i pareri di quei soggetti preposti a tutelare quegli interessi concorrenti riconducibili alla amministrazione statale interessata, ossia: dell'ufficio del genio civile (art. 12 cod. reg. nav.), dell'autorità finanziaria (art. 13 cod. reg. nav.), dell'autorità doganale (art. 14 cod. reg. nav.).

In proposito, si è sostenuto come fosse singolare che, per l'emanazione dei rispettivi pareri, le richiamate disposizioni richiedessero la competenza di diversi soggetti⁵², gerarchicamente differenti tra loro in dipendenza con le caratteristiche peculiari della concessione richiesta, mentre per lo svolgimento della relativa fase istruttoria contemplavano un unico responsabile, tra l'altro quello di grado gerarchicamente meno elevato, ossia il capo di compartimento marittimo⁵³.

Se questo era il procedimento previsto nel caso in cui vi fosse stato un solo aspirante alla concessione del bene, più complessa e delicata si presentava, invece, la situazione in cui venivano presentate più domande in concorso tra loro per un unico oggetto: in quest'ultima ipotesi, si applicava la previsione contenuta nell'art. 37 cod. nav., che prevedeva che «*nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione,*

⁴⁹ F.A. QUERCI, *Note sui procedimenti per concessioni*, cit. 313.

⁵⁰ M. VALBONESI, *op. cit.*, 560 e ss., distingue invece quale ulteriore fase autonoma, intermedia tra la fase istruttoria e quella finale, la pubblicazione.

⁵¹ F.A. QUERCI, *Note sui procedimenti per concessioni*, cit. 313 ss. Tra l'altro, il contenuto della domanda è tuttora disciplinato dall'art. 6 del regolamento e, dunque, ad esso si rinvia per l'ulteriore esame della disciplina.

⁵² Cioè, del Ministro della Marina Mercantile, del direttore marittimo e del capo di compartimento.

⁵³ *Id.*, 315

risponda ad un più rilevante interesse pubblico».

In questo caso, l'amministrazione marittima avrebbe cioè dovuto svolgere un'istruttoria in comparazione, o «*compiere accertamenti preliminari in contraddittorio*»⁵⁴.

Considerata l'assenza di un'indicazione normativa specifica al riguardo, tale istruttoria doveva necessariamente essere condotta con una certa elasticità, tale da consentire all'amministrazione marittima di dispiegare la propria discrezionalità, sulla base della quale si sarebbe andata formando la fase decisoria. L'ampio potere discrezionale doveva, tuttavia, essere manifestato sulla base di taluni criteri formulati al fine di orientare le scelte dell'amministrazione.

Il punto merita di essere approfondito.

Come si è visto, la disciplina congiunta del codice della navigazione e del regolamento di attuazione evidenziavano l'esistenza di molteplici forme di concessione su beni demaniali marittimi. Nel contempo, l'art. 36 del codice, inteso quale parametro di riferimento di tutta la disciplina sul punto indicava però un elemento comune a tutte loro, offrendo uno spunto di analisi di particolare rilevanza.

Nell'individuare l'ambito di elezione dell'istituto, tale disposizione chiariva, infatti, che tale elemento coincideva con "l'uso del bene demaniale marittimo" da parte del privato, vincolato al solo ed unico limite che ciò non determinasse un contrasto con le esigenze del pubblico uso. Così rappresentato, l'uso dei beni in concessione veniva dunque del tutto svuotato delle intrinseche finalità insite nelle disposizioni contenute nella disciplina previgente: con il risultato che la funzione del bene offerto in concessione – da scopo "finale" – diveniva, di conseguenza, del tutto "strumentale" rispetto alle attività su di esso svolte⁵⁵.

Peraltro, l'esistenza di un'unica ed indistinta disciplina in materia di rilascio di concessioni demaniali marittime, a prescindere dal bene interessato, risultava talmente insoddisfacente che l'unico strumento per rendere funzionale l'uso dell'infrastruttura portuale era rappresentato dall'ordinanza che il capo del circondario poteva emanare, ai sensi degli

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Cfr. G. SANTANIELLO, op. cit., 280, che rievoca la ricostruzione operata da F. BENVENUTI (sulla quale ci si soffermerà nel Cap. II), secondo cui la concezione originaria del demanio formulata dalla dottrina - la quale aveva distinto gli usi speciali dei beni ad esso appartenenti, dagli usi generali, consentiti solo mediante, rispettivamente, autorizzazioni e concessioni - si era progressivamente andata modificando con l'avvento della concezione dello Stato interventore nel settore economico, per la quale «*non si trattava più di assicurare dei beni alla libera utilizzazione dei cittadini, ma di permettere che lo Stato, mediante questi beni, raggiungesse le proprie finalità nell'interesse comune*». In tal senso il bene diveniva, come detto, «strumentale»: ossia, «*capace di produrre un vantaggio economico al suo titolare e, attraverso questo vantaggio economico, un vantaggio per l'intera collettività*».

artt. 30, 62 e 81 cod. nav. (nonché dell'art. 59 reg. nav. mar.)⁵⁶.

In assenza di un chiarimento normativo sul punto, si assisteva nella prassi ad una sorta di operazione di “recupero”, sia pur parziale, delle specifiche finalità che le singole figure di concessione demaniale marittima potevano sottendere: circostanza che si verificava proprio mediante la previsione, nella fase istruttoria di rilascio della concessione, di taluni criteri orientativi nella scelta del concessionario.

Ad essi faceva riferimento, in una prospettiva che si potrebbe quasi definire *de jure condendo*, anche una dottrina di poco anteriore all'introduzione della riforma portuale del 1994⁵⁷, che distingueva l'ipotesi di “concessioni per impianti industriali”, da quella relativa alle “concessioni per scopi turistico-balneari”.

La giurisprudenza amministrativa, consapevole della lacuna normativa, si era invece limitata a porre in evidenza, in via generale, la necessità che, nel caso di concorso di più domande per il rilascio di una concessione su un bene demaniale, l'amministrazione procedesse alla valutazione comparativa, dando la preferenza all'aspirante concessionario in grado di assicurare, del bene oggetto di concessione, un uso maggiormente idoneo a rispettare la naturale destinazione del bene demaniale marittimo, sulla base della propria discrezionalità⁵⁸.

Tale situazione aveva sollecitato un'autorevole dottrina⁵⁹ a ritenere che, in realtà, sarebbe stato possibile individuare, in relazione alla disposizione in esame, diversi procedimenti per il rilascio di concessioni demaniali marittime.

In particolare, si riteneva possibile distinguere:

i) un primo procedimento, ove fosse stata presentata una sola domanda di concessione, in cui si applicavano le disposizioni sul tema previste dal regolamento;

ii) un secondo procedimento nel quale al procedimento disciplinato dal regolamento – da osservarsi in tutti i suoi adempimenti per la domanda del soggetto cui sarebbe stata rilasciata la concessione – doveva accedere un preventivo procedimento volto alla scelta discrezionale della domanda ritenuta più meritevole con il conseguente rigetto delle altre;

iii) un terzo procedimento da svolgere nel caso in cui le domande in concorrenza avessero ad oggetto beni demaniali di notevole estensione

⁵⁶ G. SIRIANNI, *op. cit.*, 31.

⁵⁷ M. VALBONESI, *op. cit.*, 566 e ss.

⁵⁸ Così, infatti, Cons. St., Sez. VI, 10 marzo 1954, n. 129, secondo cui se l'Amministrazione ritiene di non dover procedere ad una determinata concessione, pur in presenza di più domande, non si ritiene comunque applicabile l'art. 37 cod. nav.; quanto, più nello specifico, alla necessità di procedere alla necessaria valutazione comparativa nel caso di presentazione di più domande di concessione cfr. Cons. St., Sez. VI, 14 gennaio 1966, n. 2; Cons. St., Sez. VI, 23 maggio 1962 n. 423; Cons. St., Sez. VI, 4 maggio 1955, n. 301.

⁵⁹ E. GUICCIARDI, *I procedimenti per concessioni sul demanio marittimo*, cit. 33 e ss.

(quali ad esempio gli arenili), per cui l'amministrazione poteva ripartire il bene (ove le sue parti fossero fungibili), accogliendo così parzialmente tutte le domande presentate.

Per quanto infine concerne la fase di deliberazione, si riteneva che essa non presentasse particolari profili critici, implicando solo il rispetto di specifici requisiti formale ed, in particolare, che il provvedimento finale dovesse assumere la forma del decreto e contenesse gli elementi previsti dall'art. 19 reg. nav. mar.

7. La regolazione delle operazioni portuali nel codice della navigazione: la consacrazione del modello pubblicistico ed il declino del ruolo delle concessioni di beni portuali.

7.1. In linea generale, il regime giuridico configurato dal cod. nav. e dal reg. nav. mar. comportò, in relazione alla disciplina delle concessioni di beni portuali, le seguenti conseguenze:

a) l'introduzione di una disciplina che prevedeva la presenza, nel contempo, di una normativa generale inerente ai porti, così come a tutti i beni compresi nel demanio marittimo, nonché di una normativa rivolta esclusivamente ai porti⁶⁰;

b) l'eliminazione di una qualsivoglia distinzione in ordine alla tipizzazione degli usi di beni del demanio marittimo⁶¹;

c) la riconduzione ad un unico modello possibile di procedimento di rilascio delle concessioni per l'uso del bene demaniale, a prescindere dalla tipologia di bene interessato⁶²;

⁶⁰ In particolare, la prima disciplina, contenuta negli artt. da 36 a 55 cod. nav. e nelle relative disposizioni del Regolamento di attuazione, era essenzialmente, diretta a regolare le modalità di rilascio degli atti di concessione di beni demaniali marittimi; la seconda, contenuta nel Titolo III, Capo I, dello stesso codice, consisteva, invece, in una serie di disposizioni volte a regolare l'accesso del privato al porto per le normali operazioni connesse alla navigazione.

A ciò si aggiunse un ulteriore modello organizzativo – adottato nel caso dei porti di Marghera e Ravenna – per il quale lo stesso soggetto incaricato di attrezzare l'area industriale, sia che si tratti di un Consorzio pubblico sia che si tratti di una società a partecipazione pubblica aveva il compito di provvedere in qualità di concessionario *ex lege* alla esecuzione delle opere portuali. Si veda, al riguardo, G. SIRIANNI, *op. cit.*, 121.

⁶¹ Come è stato evidenziato da G. SIRIANNI, *op. cit.*, 20, infatti, «nella disciplina dell'uso del bene è assente ogni considerazione del valore economico di tale uso. Il privato può realizzare utilizzazioni del bene come proprietario, o responsabile, della nave, come passeggero, e come concessionario di aree demaniali portuali, ma non esiste alcuna tipizzazione delle varie fattispecie di usi possibili – commerciale, industriale, peschereccio, turistico, etc. -: la materia viene fatta rientrare nello schema dell'uso diretto, generale, particolare».

⁶² Sottolinea, in modo condivisibile, la diversa funzione attribuibile all'articolo 38 del Codice, nel caso in cui sia incerta la demanialità del bene, M. OLIVI, *La proprietà dei porti turistici*, in *Foro amm. Cds*, 2009, 11, 2685: in siffatta situazione, ad avviso dell'Autore, la

d) la creazione di una netta separazione tra la disciplina degli usi dei beni demaniali marittimi e quella regolante la gestione delle operazioni portuali, queste ultime destinatarie di una specifica disciplina all'interno dello stesso codice, la cui rilevanza assorbì ben presto le eventuali questioni, di ordine sistematico, che potevano essere sollevato con riferimento al rilascio delle concessioni portuali.

Ora, proprio alla gestione delle operazioni portuali, di cui la normativa prevista per i singoli enti portuali già regolava taluni aspetti, il cod. nav. riservò una attenzione particolare.

Quest'ultimo, infatti, non solo affidò espressamente agli enti portuali il potere di regolamentare lo svolgimento delle operazioni di imbarco e sbarco dei passeggeri e delle merci (art. 65), ma, soprattutto, dedicò una serie di disposizioni, integrate con le relative norme del relativo regolamento di attuazione⁶³, volte ad introdurre una stringente e specifica disciplina di questa materia

Più nello specifico, l'art. 108 del codice definiva le "operazioni portuali" come quelle «operazioni di imbarco, sbarco, trasbordo, deposito e movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale nel porto». I successivi artt. 109 e 110 cod. nav. regolavano la disciplina del lavoro portuale, prevedendo, rispettivamente che:

- nei porti, nei quali l'importanza del traffico lo richieda, la disciplina delle operazioni portuali è affidata ad uffici del lavoro portuale. Gli uffici del lavoro nei porti marittimi sono istituiti con decreto del Ministro per le comunicazioni previo parere del capo del compartimento, e sono diretti da un ufficiale di porto, che svolge la propria attività con l'assistenza di un consiglio di lavoro portuale, costituito a norma del regolamento. La vigilanza sui predetti uffici è esercitata dal capo del compartimento. Gli uffici del lavoro nei porti della navigazione interna sono parimenti istituiti con decreto del Ministro per le comunicazioni previo parere del capo del compartimento e sono diretti da un funzionario dell'ispettorato di porto, che svolge la propria attività, con l'assistenza di un Consiglio del lavoro portuale, costituito a norma del regolamento. La vigilanza sui predetti uffici è esercitata dal capo dell'ispettorato di porto»:

disposizione in parola consentirebbe comunque l'uso del bene in attesa che si chiarisca la natura del bene offerto provvisoriamente in concessione.

⁶³ L'origine delle operazioni portuali, nella disciplina del lavoro portuale, evidenziata dalla dottrina – M. L. CORBINO, *Le operazioni portuali*, 75 e ss., e soprattutto A. QUERCI, *Lavoro portuale*, in *Enc. del diritto*, cit. –, si rinveniva in particolare negli artt. 108-109-110 del cod. nav. (disposizioni ora abrogate a seguito dell'approvazione della L. 84/1994).

Va ricordato, tuttavia, che nel passato il codice della Marina mercantile aveva considerato come operazioni portuali solo le operazioni di imbarco, sbarco e deposito della merce; in seguito, con il r.d. 24 gennaio 1929, n. 166 erano altresì state incluse le operazioni di trasbordo e di movimenti in genere delle merci: cfr., al riguardo, G. LOMBARDI, *op. cit.*, 62, richiamato anche da G. TACCOGNA, *op. cit.*, 17, in nt. 25.

- «le maestranze addette alle operazioni portuali sono costituite in compagnie o gruppi, soggetti alla vigilanza della autorità preposta alla disciplina del lavoro portuale. Le compagnie hanno personalità giuridica. Alla costituzione, fusione o soppressione delle compagnie e dei gruppi provvedono, per la navigazione marittima, il direttore marittimo e, per la navigazione interna, il direttore dell'ispettorato compartimentale, secondo le norme del regolamento. Il regolamento stabilisce altresì le norme per il funzionamento delle compagnie e dei gruppi e determina, per i casi di fusione o di soppressione, le modalità relative alla valutazione e devoluzione dei beni costituenti il patrimonio delle compagnie. Salvo casi speciali stabiliti dal Ministro per le comunicazioni l'esecuzione delle operazioni portuali è riservato alle compagnie o ai gruppi».

In particolare, l'art. 110 introduceva la cd. "riserva di lavoro portuale", in forza della quale, l'esecuzione di tutte le operazioni portuali doveva essere necessariamente attribuita alle compagnie o ai gruppi costituiti a norma di tale disposizione e del precedente art. 109 cod. nav.⁶⁴.

Per quanto riguarda più direttamente la disciplina delle operazioni portuali:

(a) l'art. 111, comma 1, cod. nav., ne regolava l'esercizio nel caso in cui esse fossero state svolte "per conto terzi" (cioè, laddove fossero state eseguite dalle imprese in favore degli armatori o degli altri operatori), sottoponendolo «a concessione del capo del compartimento, per la navigazione, e del capo dello ispettorato di porto, per la navigazione interna, secondo le modalità stabilite dal regolamento. Le autorità predette possono determinare il numero massimo delle imprese in relazione alle esigenze del traffico. La concessione può essere data alle stesse compagnie delle maestranze portuali»⁶⁵.

⁶⁴ Il tema della riserva del lavoro portuale è stato ampiamente esaminato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sicché sono numerosissimi i contributi in materia; ci si limita a citarne alcuni, a titolo meramente indicativo: per un inquadramento generale, si vedano i già richiamati F.A. QUERCI, *Lavoro portuale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, 469 ss e F.A. QUERCI, *Il lavoro portuale*, Milano, 1972, nonché G. LOMBARDI, *La disciplina*, cit., 89; oltre che M. BARBIERI, *Lavoro portuale*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, VIII, Torino, 1992, 44 ss.; più nello specifico, si veda, invece, S.M. CARBONE, *Compagnie: vecchie e nuove*, in *Dir. mar.*, 1998, 235 ss; A. MORINI, *Compagnie portuali: tra attività d'impresa e monopolio*, in *Dir. mar.*, 1991, 454 C. MEDINA, *Note sull'ambito della riserva alle compagnie portuali dell'esecuzione delle operazioni nei porti*, in *Dir. mar.*, 1986, 366; S.M. CARBONE, *Dalla riserva di lavoro portuale all'impresa terminalista tra diritto interno, diritto comunitario e diritto internazionale uniforme*, in *Dir. mar.*, 1992, 599; F. MUSSINI, *La "privatizzazione" del lavoro portuale: dalla riserva delle operazioni portuali alla libera concorrenza*, in *Dir. mar.*, 1997, 39.

⁶⁵ Il comma successivo dell'art. 111 ribadiva, invece, che l'impresa concessionaria dovesse avvalersi, per l'esecuzione delle operazioni portuali, esclusivamente delle maestranze costituite nelle compagnie o nei gruppi. Inoltre, il provvedimento di «concessione» previsto dall'art. 111 cod. nav. aveva validità annuale, ai sensi dell'art. 198 del regolamento (che peraltro lo qualificava quale «licenza») e, per l'effetto dell'art. 196 reg., doveva essere

(b) l'art. 201 del regolamento regolava invece l'ipotesi in cui tali operazioni fossero state svolte dalle imprese "per proprio conto", ossia, quale sub-segmento del proprio ciclo industriale, esse dovevano essere soggette ad un regime di "licenza", ove il soggetto esecutore vi si fosse dedicato abitualmente, o, ad un regime di "autorizzazione", qualora tali attività fossero svolte in forma "estemporanea"⁶⁶.

Il regime previsto dal codice non mancò di suscitare l'interesse della dottrina e della giurisprudenza, che però non sembrarono mai trovare una interpretazione condivisa delle norme richiamate⁶⁷: in particolare, ci si interrogò sulla natura dei provvedimenti previsti dal cod. nav. nelle due suindicate ipotesi (interrogandosi sul fatto che si trattasse di veri atti di concessione, ovvero di mere autorizzazioni) e se la qualificazione giuridica ad essi attribuita dallo stesso codice fosse effettivamente rispondente a quanto si verificava nella realtà.

La posizione di tali questioni, benché avesse un'effettiva incidenza nella prassi, risentiva anche di un approccio fortemente influenzato dalle riflessioni che la dottrina aveva elaborato in relazione a questioni dottrinali più profonde⁶⁸: tanto che, il dibattito che ne seguì si riallacciò proprio a queste ultime tematiche, conducendo gli studiosi che se ne occuparono ad interrogarsi sulla natura stessa delle operazioni portuali.

Da un esame delle disposizioni introdotte nel codice, sembra possibile rilevare che la scelta del legislatore di sottoporre le operazioni portuali al regime sopra riferito, fosse presumibilmente condizionata dal medesimo approccio adottato in occasione della decisione del Consiglio di Stato nel *caso Bodoano* e che divenne se possibile più marcato con l'introduzione, durante il regime fascista, delle leggi dirette a regolare l'attività dei singoli enti portuali⁶⁹.

Un approccio che conduceva cioè a ritenere indispensabile che l'ente gestore del porto avocasse a sé i poteri di regolazione delle operazioni portuali (in particolare, delle operazioni di carico e scarico delle merci e dei

rilasciato su parere del consiglio o (nei porti minori) della commissione per il lavoro portuale.

⁶⁶ Con riguardo alla natura di tali provvedimenti si rinvia quanto alla relativa trattazione a G. LOMBARDI, *La disciplina*, 89; F.A. QUERCI, *Il lavoro portuale*, Milano, 1972.

⁶⁷ Cfr., N. MERLO, *Sulla distinzione tra autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. dir. Nav.*, 1952, II, 92. G. PESCATORE, *Natura giuridica delle attività delle cd. «imprese portuali»*, in *Riv. dir. nav.*, 1943-1948, II, 160; F.A. QUERCI, *Il lavoro portuale*, Milano, 1972 e L. ACQUARONE, *Aspetti pubblicistici della disciplina delle imprese portuali*, in *Riv. dir. nav.*, 1967, I, 3 ss.

⁶⁸ Per una disamina delle diverse dottrine elaborate sul lavoro portuale e sulla questione della natura delle operazioni portuali, si veda, in particolare, G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali*, cit., soprattutto, 176 ss.

⁶⁹ Cfr., sul punto, U. FRAGOLA, *L'ordinamento corporativo del lavoro portuale e le compagnie delle Maestranze*, in *Riv. dir. nav.*, 1938, II, 30 e, più di recente, A. MORINI, *Compagnie portuali: tra attività d'impresa e monopolio*, in *Dir. mar.*, 1991, 456.

passaggeri), posto che si temeva che l'assenza di un loro svolgimento ordinato avrebbe potuto arrecare gravi ripercussioni sul commercio nazionale, specie avuto riguardo ai porti di rilevante dimensione, anch'essi soggetti alla disciplina generale del codice.

A ben vedere, infatti, sembrava proprio questo timore ad aver alimento le considerazioni formulate dal Consiglio di Stato nel *caso Bodoano*, allorché aveva ritenuto di ricondurre le operazioni portuali alla categoria dei servizi pubblici.

Nell'identificare la funzione essenziale dei porti nell'esercizio delle operazioni portuali, tale concezione muoveva però da un presupposto discutibile: ossia, che la ragione per la quale le operazioni portuali dovessero essere soggette alla regolazione pubblica discendesse dalla rilevanza generale delle attività stesse che vi si svolgono.

Tali conclusioni sembravano, infatti, in contrasto con il presupposto indiscusso per cui il regime pubblicistico dei porti (rappresentato dalla titolarità del demanio su di essi e dalla possibilità per lo stato di regolarvi le attività) dovesse farsi risalire non alla rilevanza in sé delle attività commerciali ivi svolte, bensì alla corrispondente condizione naturale, che consentiva di rispondere alle esigenze di riparo delle navi, ed era, nel contempo, strategica per il controllo delle stesse attività commerciali⁷⁰.

Sicché, la soluzione individuata dal Consiglio di Stato risultava difficilmente condivisibile.

In realtà, l'esigenza di regolare le operazioni commerciali sembrava nascere da un presupposto diverso: cioè, dalla necessità di tutelare i lavoratori che operavano all'interno dei porti, evitando, attraverso la sottoposizione alla mano pubblica della gestione del lavoro portuale, i disordini conseguenti ad una utilizzazione di questi soggetti lasciata esclusivamente nelle mani degli operatori del mercato. Sicché, la regolazione di una tale situazione avrebbe dovuto trovare legittimazione non nelle finalità presuntivamente pubblicistiche cui sarebbero state dirette le operazioni portuali, bensì nella stessa natura demaniale del porto, che avrebbe consentito all'amministrazione di tutelare l'ordine pubblico e di regolare le attività all'interno delle aree di cui essa stessa era *ex lege* titolare.

Tale argomentazione non avrebbe dunque potuto condurre a ritenere *tout court* che le attività eseguite nel porto avessero natura pubblicistica, ma solo a permettere alle Autorità portuali di ingerirsi nella loro organizzazione nei limiti in cui ciò non avesse compromesso la libera iniziativa degli operatori

⁷⁰ Così, tra gli altri, G. IMPALLOMENE, *L'ammissibilità della proprietà privata sulle darsene interne*, in *Riv. dir. civ.*, Padova, 1975, 482 ss. e, più di recente, *Le rade, i porti, le darsene e le opera a terra*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 1182 ss. Per una ricostruzione di più ampio respiro sulla storia della concezione di porto negli ordinamenti europei, si veda E. VAN HOOYDONK, *The law ends where the port area begins: on the anomalies of port law*, Anversa, 2010, 7 ss.

portuali. Come si vedrà, le argomentazioni espresse dal Consiglio di Stato vennero, tuttavia, accolte dalla prevalente dottrina successiva e, seppur in parte, integrano, tuttora, i presupposti sulla base dei quali taluni studiosi ritengono possibile considerare le operazioni portuali alla stregua di un servizio pubblico⁷¹.

Va da sé che tale prospettiva, se già al tempo della riferita decisione del Consiglio di Stato non risultava del tutto condivisibile, pare in questo momento ancora meno persuasiva.

7.2. Tornando alla disciplina esaminata è invece necessario rilevare che il quadro normativo sopra riferito non corrispondeva, in realtà, alla prassi dei porti: nonostante l'introduzione della disciplina organica del cod. nav., infatti, nei porti maggiori continuava ad applicarsi il regime previsto dalle singole leggi istitutive degli enti portuali, le quali, talvolta, investivano gli stessi enti del compito di svolgere le operazioni di carico, scarico e movimentazione delle merci per conto di terzi, essenzialmente escludendo la possibilità che dette operazioni potessero essere svolte da imprese portuali terze.

Nei casi in cui gli enti non provvedevano all'espletamento di tali attività in via diretta, invece, essi o rilasciavano apposite concessioni "di servizi portuali", regolate secondo la disciplina dell'art. 111.1 co.nav., cui si abbinavano le disposizioni delle leggi istitutive degli enti stessi, oppure si avvalevano, sempre in regime concessorio, di proprie società operative.

Negli scali di minore rilevanza, invece, potevano essere istituite le Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini generali che, in certi casi, assumevano, come sopra si è visto, il ruolo e la funzione di veri e propri terminalisti⁷².

Ciò diede vita ad un sistema tale per cui le operazioni portuali venivano assoggettate a diversi regimi, ossia: *a*) a mera «licenza o autorizzazione», se eseguite per conto proprio (art. 201 reg. cod. nav.); *b*) a «concessione», benché ritenuta in realtà un provvedimento di autorizzazione, se svolte da imprese per conto terzi negli scali in cui vi era un ente portuale; *c*) a «concessione», intesa quale forma di sostituzione dell'amministrazione ad opera di un soggetto privato, laddove effettuate per conto terzi negli scali di maggior rilievo dotati di enti portuali ai quali la relativa legge avesse attribuito, in combinazione con l'art. 111.1 del codice, la competenza per lo svolgimento di tali operazioni; *d*) ad esecuzione, diretta per mano della Amministrazione negli scali nei quali erano state istituite le aziende dei mezzi meccanici (nonché gli enti portuali qualora tali soggetti non vi

⁷¹ Cfr. nt. 59; quanto alle riflessioni della dottrina più recente si veda in particolare, G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, cit., 147 ss.

⁷² Cfr. nt. 22; *contra*, sul punto però F. BERLINGERI, *Modelli di gestione portuale*, in *Dir. mar.*, 1984, 399.

avessero provveduto mediante il rilascio di concessioni)⁷³.

Nella prassi, anche la gestione delle «sovrastutture portuali» (ossia, magazzini, depositi, *terminals* e capannoni) variava in relazione alla diversa organizzazione prevista nei porti.

La gestione delle costruzioni e delle aree portuali poteva cioè, a seconda dei casi, essere curata: i) direttamente dagli enti portuali; ii) da imprese private, concessionarie delle aree, oppure iii) dalle aziende dei mezzi meccanici⁷⁴.

La gestione dei magazzini e dei mezzi meccanici era, invece, affidata o mediante il ricorso al già esaminato strumento della concessione ex art. 36 cod. nav., oppure in forza dell'art. 50 cod. nav.⁷⁵, il quale prevedeva che *«salve le disposizioni relative a speciali Gestioni di apparecchi meccanici di carico e scarico e di magazzini di proprietà dello Stato, nelle località dove sia riconosciuto opportuno, il capo di compartimento regola la destinazione e l'uso di aree e di pertinenze demaniali per il carico, lo scarico e la temporanea sosta di merci o materiali per un periodo di tempo eccedente quello necessario alle ordinarie operazioni portuali e ne determina i canoni relativi. Le autorizzazioni sono rilasciate dal comandante del porto che ne fissa la durata»*.

Con ciò permettendo l'uso temporaneo di aree portuali per l'esercizio delle indicate attività mediante apposita autorizzazione rilasciata dal comandante del porto.

Ad ogni modo, la disciplina del codice dedicata alle operazioni portuali e le diverse problematiche connesse allo svolgimento nella prassi di tale attività assorbì pressoché integralmente una qualsivoglia discussione in ordine alla natura ed al ruolo delle concessioni di aree demaniali, essendo queste ultime, oramai, di interesse relativo, per il fatto di essere funzionali allo svolgimento delle operazioni portuali⁷⁶.

Ed a ciò contribuì il fatto che il quadro normativo sin qui delineato rimase essenzialmente inalterato fino agli anni novanta del secolo scorso, allorché tutto l'impianto normativo esaminato venne profondamente messo in discussione.

Occorre però, a questo punto, fare un passo indietro.

8. La devoluzione delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni ed il federalismo demaniale.

8.1. Nel corso degli anni settanta del secolo scorso l'assetto delle

⁷³ G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali*, 26-27.

⁷⁴ F. BERLINGERI, *Modelli di gestione portuale*, cit. 400

⁷⁵ ID., 422-423.

⁷⁶ Discussioni che, di fatto, vennero riaperte solo a seguito dell'approvazione della legge 84/1984.

competenze amministrative esistenti venne radicalmente modificato, attribuendo in favore delle neocostituite Regioni importanti funzioni in precedenza proprie dello Stato: i provvedimenti normativi che vennero introdotti incisero anche sulla gestione dei beni demaniali marittimi e, di conseguenza, sull'attività dei porti⁷⁷.

In particolare, con il d.P.R. n. 8/1972 vennero devolute alle Regioni le funzioni amministrative concernenti «*le opere portuali riguardanti la navigazione lacuale e fluviale, nonché le opere di navigazione interna di terza e quarta classe*» e «*le opere concernenti i porti di seconda categoria dalla seconda classe in poi*» (art. 2), mentre rimase la competenza statale in ordine «*ai porti di prima e seconda categoria, prima classe ed alle opere marittime*» (art. 8).

Inoltre, in materia di opere marittime, l'art. 88 del d.P.R. 616/1977 stabilì che restassero di competenza statale le opere relative ai porti di prima e seconda categoria, prima classe e fari e le opere di preminente interesse nazionale per la sicurezza dello Stato e della navigazione, nonché per la difesa delle coste.

Mentre l'art. 59 dello stesso d.P.R. 616 completò l'opera di devoluzione alle Regioni e di riorganizzazione delle funzioni amministrative⁷⁸, prevedendo che «*sono delegate alle regioni le funzioni amministrative sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sulle aree del demanio lacuale e fluviale, quando la utilizzazione prevista abbia finalità turistiche e ricreative. Sono escluse dalla delega le funzioni esercitate dagli organi dello Stato in materia di navigazione marittima, di sicurezza nazionale e di polizia doganale. La delega di cui al comma precedente non si applica ai porti e alle aree di preminente interesse nazionale in relazione agli interessi della sicurezza dello Stato e alle*

⁷⁷ Con riferimento all'evoluzione normativa in questione si veda, più in generale, G. SIRIANNI, *op. cit.*, 51 ss.; E. O. QUERCI, *Le concessioni di beni demaniali marittimi e la legge 7 agosto 1990, n. 241. Modificazioni procedurali*, Modena, 1996; L. ACQUARONE, *Demanio marittimo e porti*, in *Dir. mar.*, 1983, 83 ss.; C. ANGELONE, *La delega alle Regioni delle funzioni amministrative sul demanio marittimo: profili problematici attuativi*, in *Dir. trasp.*, 1991, 747; dello stesso Autore si vedano anche, *Profili evolutivi della disciplina delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo: durata, finalità, competenze*, in *Dir. trasp.*, 1999, 807, nonché, con più specifico riferimento al ruolo dei comuni nel rilascio delle concessioni demaniali marittime, *Istanza di concessione demaniale marittima e procedimento amministrativo*, in *Dir. mar.*, 2009, 218, L. SALOMONE, *Concessioni demaniali su aree portuali e Titolo V della Costituzione: rilievo della "vocazione" turistica dell'area e riparto di competenze tra Stato e Regione*, in *Dir. mar.*, 2009, 533.

⁷⁸ L'art. 81 dello stesso d.p.r. 616/1977 aggiunse peraltro che «*per le opere da eseguirsi da amministrazioni statali o comunque insistenti su aree del demanio statale, l'accertamento delle conformità alle prescrizioni della normativa e dei piani urbanistici ed edilizi è fatta dallo Stato, d'intesa con la Regione interessata*»: spettando dunque tale accertamento in capo allo Stato e non alla Regione.

*esigenze della navigazione marittima»*⁷⁹.

Pur con una formulazione molto contraddittoria⁸⁰, le riforme normative degli anni novanta del secolo scorso (soprattutto apportate dagli artt. 104-105 del d.lgs. 112/1998) portarono un incremento delle funzioni amministrative in favore delle Regioni e degli Enti locali: in particolare, si sancì il definitivo conferimento della funzione di rilascio di concessioni di beni demaniali marittimi, fatte salve le funzioni attribuite alle Autorità portuali dalla l. n. 84/94 per i porti e le aree di interesse nazionale individuate con d.p.c.m. 21 dicembre 1995.

Nel riferito quadro intervenne, infine, la riforma del Titolo V della Costituzione, attuata con l. cost. n. 3/2001, che modificò gli artt. 117 e 118 della Carta, ingenerando ulteriori problemi di coordinamento, attualmente al vaglio della dottrina e su cui si tornerà in modo più approfondito successivamente⁸¹.

La regolazione dei rapporti tra enti e beni del demanio pubblico non si è, tuttavia, esaurita con l'introduzione della citata riforma costituzionale del 2001.

Con dlgs 28 maggio 2010, n. 15 è, infatti, recentemente data attuazione al cd. "Federalismo demaniale" consistente nel trasferimento in favore delle Regioni, dei beni del demanio marittimo, compresi i porti commerciali di interesse regionale e locale (art. 3, co. 1, lett. a)), così concretizzando il definitivo superamento del principio tradizionale secondo cui tutti i porti dovevano far parte del demanio marittimo necessario, in quanto beni di proprietà esclusiva dello Stato⁸².

Va però sottolineato il fatto che tale riforma non ha interessato i porti di rilevanza economica nazionale ed internazionale che sono rimasti

⁷⁹ In realtà, la stessa norma in questione prevedendo che «l'identificazione delle aree predette è effettuata, entro il 31 dicembre 1978, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con i Ministri per la difesa, per la marina mercantile e per le finanze, sentite le regioni interessate. Col medesimo procedimento l'elenco delle aree predette può essere modificato» diede luogo ad un lungo periodo di incertezza che si risolse sostanzialmente solo con l'approvazione del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400 (conv. in l. 4 dicembre 1993, n. 494).

⁸⁰ Cfr. in particolare, G. TACCOGNA, *L'infrastrutturazione dei porti: competenze e procedure di affidamento*, in *Econ. dir. terz.*, 2000, soprattutto, 129 ss e G. TELLARINI, *I porti e le classificazioni*, in *Riv. dir. econ., trasp. amb.*, 2009, 4 ss. e C. MONTEBELLO, *Decentramento regionale e riforme portuali*, in *Dir. trasp.*, 2001, 589 ss.

⁸¹ Il problema del coordinamento della normativa esistente – ed in specie della l. 84/94 – con il riformato testo costituzionale è analizzato, in particolare, da G. TACCOGNA, *L'assentimento dei terminal portuali: riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni; procedure e criteri di aggiudicazione*, cit., 935 ss. e da G. DE VERGOTTINI, *Le competenze in materia di porti alla luce della riforma della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 4, 593.

⁸² Sul federalismo demaniale, v., in particolare, A. POLICE, *Il federalismo demaniale: valorizzazione nei territori o dismissioni locali?*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 12, 1233 ss.; con particolare riguardo alla situazione dei porti, si v., invece, M. CASANOVA, *Considerazioni sulla demanialità dei porti*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, 2010, 319.

espressamente esclusi dal trasferimento in parola (v. art. 5, co. 2, del dlgs n. 15/2010).

E con ciò prevedendo per questi ultimi un regime speciale rispetto agli altri porti.

8.2. Tornando, invece, ai sopra riferiti provvedimenti, introdotti negli anni settanta del secolo diciannovesimo, è opportuno rilevare che essi modificarono in parte anche il procedimento di approvazione dei piani regolatori portuali.

Fino ad allora, l'unica fonte di riferimento era, infatti, rappresentata dall'art. 20, l. 20 agosto 1921, n. 1177 (*Provvedimenti per combattere la disoccupazione*), che prevedeva che fossero obbligatorie le spese concernenti le opere di competenza dell'ente locale per i porti di categoria II, classi II e III, purché tali opere rientrassero nell'ambito di quelle previste nei "piani regolatori approvati nei modi di legge", senza nulla specificare in ordine alle procedure previste dalla legge per l'approvazione dei piani ed ai contenuti essenziali dei piani medesimi⁸³.

Gli aspetti procedurali di approvazione dei piani regolatori furono, in seguito regolati dalla l. 3 novembre 1961, n. 1246 (*Norme relative ai piani regolatori dei porti di II e III classe della seconda categoria*), con cui si richiedeva, per i piani regolatori dei porti di categoria II, classi II e III, l'approvazione con decreto del Ministro per i lavori pubblici di concerto con il Ministro per la marina mercantile, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici. Competenze, che sarebbero state, in seguito, trasferite alle Regioni in forza del già citato art. 8 del dPR n. 616/1977.

La l. n. 1246/1961 nulla prevedeva, invece, con riguardo ai piani regolatori dei porti di categoria I e di categoria II, classi I e IV, per i quali si era andata consolidando la prassi di ottenere l'approvazione della proposta di piano regolatore dal Ministero dei lavori pubblici per i porti di categoria II, classe I, ed, a seguito del decentramento amministrativo attuato dal D.P.R. n. 616/1977, l'approvazione da parte della Regione per i porti di categoria II, classe IV. Com'è stato osservato⁸⁴, nella normativa previgente all'entrata in vigore della l. 84/1994 i piani regolatori portuali erano configurati quali «*documenti di programmazione della spesa pubblica per la realizzazione delle opere attinenti al porto*», benché, nella prassi, potessero viceversa qualificarsi come veri e propri strumenti di pianificazione.

In realtà, essi avrebbero trovato una disciplina più compiuta, sebbene, secondo alcuni, non del tutto convincente, solo in seguito all'entrata in vigore della l. 84/1994.

⁸³ G. TELLARINI, *I porti e le classificazioni*, cit.

⁸⁴ S. M. CARBONE – F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 101.

9. Il Piano Generale dei Trasporti ed il problema della gestione degli spazi portuali.

Non meno rilevante per l'evoluzione della situazione dei porti è stato il percorso che ha condotto all'elaborazione dei cd. "Piani Generali dei Trasporti" (PGT), a cominciare dal primo, approvato con d.p.c.m. 10 aprile 1986, sulla base delle indicazioni contenute nella l. 15 giugno 1984, n. 245⁸⁵.

In particolare, nel PGT si evidenziava espressamente la necessità di un nuovo approccio per la gestione dei porti, ritenuta insoddisfacente a causa degli obsoleti criteri di classificazione dei porti risalenti ancora al t.u. n. 3095/1885⁸⁶.

Con il successivo d.P.R. 29 agosto 1991 si provvedeva alla revisione del Piano Generale dei Trasporti del 1986, evidenziando in molti punti la rilevanza della corretta gestione dei porti nazionali.

La revisione del precedente Piano si rendeva necessaria anche alla luce di alcuni rilevanti interventi normativi: tra questi, ad esempio, il fatto che la legge n. 26/1987 avesse recepito la proposta dello stesso PGT del 1986 relativa all'articolazione dei porti nazionali in «sistemi», benché si rilevasse

⁸⁵ Cfr. al riguardo, G. ACQUARONE, *op. cit.*, 9 e ss.

⁸⁶ Nell'art. 43 del d.p.c.m. erano, infatti, indicate le linee programmatiche cui si doveva ispirare la nuova disciplina: «*in contrapposizione ai criteri del T.U. 1885 sulla classificazione dei porti, la realtà economica pone l'esigenza di una classificazione che tenga conto non soltanto del volume delle merci movimentate, ma anche della specialità del traffico e quindi, della vocazione portuale, definendo insieme rango, cioè importanza, e funzione esclusiva o prevalente (commerciale, industriale, peschereccia, turistica) del porto. I sistemi portuali previsti dallo schema di Piano, costituiranno il quadro di riferimento sia della nuova classificazione dei porti sia del loro assetto gestionale. Si riportano di seguito una serie di provvedimenti relativi alla gestione dei porti commerciali, industriali, pescherecci e turistici (...)*»

Il successivo art. 44 del PGT si occupava di migliorare l'organizzazione dei porti: ferma restando la allora vigente normativa si affermava, infatti, che «*necessitano, tuttavia, ulteriori norme a difesa dell'armamento ed idonee ad attuare un maggior coordinamento fra domanda ed offerta nazionale di trasporto marittimo: a) includendo le quote di traffico in sede di stipula degli accordi economici negoziati dal Ministero degli Esteri e per il Commercio Estero (condizione indispensabile l'osservanza del regolamento internazionale 40-40-20); b) per il cabotaggio, inteso come fattore di cambiamento di tutto l'assetto dei trasporti interni e di collegamento con il traffico internazionale nel bacino del Mediterraneo, anche intermodale, superando a breve termine, con misure amministrative liberatorie da formalità ostative burocratiche e doganali, i molteplici ostacoli:*

- *determinazione di specifiche zone portuali, in porti minori, concesse (fornite di collegamento ferroviario ed ubicate in vicinanza di nodi autostradali), ridimensionando l'intervento di maestranze portuali, dei piloti ed ormeggiatori sempre nel rispetto della sicurezza della navigazione e delle operazioni portuali;*

- *gestione diretta di tali zone demaniali concesse, da parte dei vettori, eventualmente in società o consorzio con altri vettori cabotieri, spedizionieri, autotrasportatori, operatori locali;*

- *uso di tali aree con criteri di gestione imprenditoriale.*»

che la citata legge «ha dato valore normativo ai sistemi portuali introdotti dal PGT, ma è rimasta inattuata non solo per quanto riguarda la loro concreta costruzione, ma anche per quanto riguarda la loro stessa circoscrizione territoriale. Occorre quindi passare, anche in questo caso, ai progetti previsti dal PGT come «piani funzionali» di sistema. Un Paese profondamente legato alle attività marittime come il nostro non può perseguire una serie politica dei trasporti non supportata da una radicale soluzione dei problemi di assetto portuale».

Proprio l'esigenza di recepire il modello dei sistemi portuali pare essere alla base del più recente PGT, approvato in realtà successivamente alla legge di riforma portuale del 1994, con d.P.R. 14 marzo 2001 con cui si è inteso affrontare l'emersione di ulteriori realtà quali: la tendenza ad insediare nel bacino del Mediterraneo i «terminal di tranship» (HUB), l'incremento ben superiore alle previsioni del trasporto marittimo passeggeri, nonché l'insufficienza della rete viaria che ha indotto ad ipotizzare la creazione delle cd. «autostrade del mare»⁸⁷.

Il PGT del 2001 ritorna in particolare sul problema della gestione dei porti e sulla esigenza di dotarli di idonee infrastrutture, rilevando in particolare la necessità che, nell'ottica di una maggiore liberalizzazione delle aziende che gestiscono infrastrutture e servizi, le Autorità portuali vigilino che «qualunque operatore in possesso di licenza d'impresa ferroviaria possa accedere ai terminal se il suo servizio è richiesto dall'impresa concessionaria del terminal stesso»⁸⁸.

⁸⁷ ID., 14-15.

⁸⁸ In particolare, si riferisce che «il Piano non prevede la realizzazione di nuovi porti ma il completamento delle opere di grande infrastrutturazione nella rete portuale esistente. Assegna invece grande importanza alla specializzazione dei porti ed ai collegamenti tra questi ed il territorio. Tanto i collegamenti ferroviari (in particolare per i traffici containerizzati intermodali ed i traffici a carro completo di rinfuse e merci varie non utilizzate), quanto i collegamenti stradali (in particolare per i porti con elevato traffico di rotabili), dovranno essere potenziati sia sul piano infrastrutturale che su quello dei servizi alla clientela. A tal fine il Piano ritiene necessario un riordino degli assetti gestionali della manovra ferroviaria nei porti, che confermi il ruolo regolatore delle Autorità Portuali sia nell'assegnazione a società che ne facciano richiesta e siano in grado di offrire il servizio di manovra alle migliori condizioni di mercato, sia nella vigilanza che qualunque operatore in possesso di licenza d'impresa ferroviaria possa accedere ai terminal se il suo servizio è richiesto dall'impresa concessionaria del terminal stesso.

In materia di finanziamenti per le opere di grande infrastrutturazione e di straordinaria manutenzione sarà necessario da un lato rivedere gli attuali criteri di ripartizione delle risorse sostituendo il criterio del valore aggiunto prodotto a quello del tonnellaggio movimentato e, dall'altro, mediante una riforma dei sistemi di trasferimento, garantire ai porti la disponibilità delle risorse da essi prodotte, perseguendo l'obiettivo dell'autonomia finanziaria. Il sistema portuale italiano potrà inoltre trarre grandi vantaggi sul piano della competitività con altri sistemi mediterranei se sarà in grado di offrire piattaforme di comunicazione telematica con linguaggi omogenei e condivisi da tutti i principali attori. Il Piano assegna grande importanza alla sicurezza in ambito marittimo e portuale, nella convinzione che un sistema portuale che vigila sulla sicurezza è anche un sistema che

Si tratta, comunque di una prospettiva che sorge quando già nel nostro ordinamento era apparsa la legge portuale e che dunque risulta molto distante rispetto al regime normativo vigente nel corso dei primi anni novanta del secolo scorso.

10. I sintomi della crisi del sistema portuale e i primi timidi rimedi.

Proprio in quel periodo si verificarono alcuni episodi che destabilizzarono il regime dei porti fino ad allora conosciuto.

a) In primo luogo, ci si accorse che l'approccio normativo esistente, che risaliva essenzialmente ad un'epoca in cui era predominante il lavoro manuale dell'uomo, non poteva più ritenersi adeguato rispetto alle nuove tecniche di trasporto marittimo containerizzato e di gestione del commercio, che facevano sempre più ricorso ai mezzi meccanici, con una sensibile riduzione delle esigenze di manodopera.

Proprio tale evoluzione aveva inciso profondamente non solo sull'organizzazione del lavoro portuale, ma sulla stessa gestione dei porti italiani, i quali dovevano competere con i porti degli altri Stati nel far fronte, tra l'altro, ad un "nuovo" soggetto del mercato, cioè le cd. «imprese terminalistiche»: *«per le quali nel vecchio sistema non esisteva uno spazio fisiologico bensì, a tutto concedere, una limitata possibilità di cittadinanza da garantirsi attraverso l'adattamento e la combinazione di diversi istituti in origine non specificatamente previsti per far fronte alle esigenze di questi soggetti, come la concessione esclusiva di aree e banchine (art. 36 cod. nav.), l'accosto preferenziale (art. 62 reg. nav. mar.), l'autorizzazione a svolgere le operazioni portuali per proprio conto (art. 20162 reg. cod. nav) e, al limite, l'autonomia funzionale (art. 110.5 cod. nav.) o la concessione di costruzione e gestione»⁸⁹.*

L'affermarsi di tale figura imponeva, infatti, una completa rinnovazione degli strumenti giuridici ed operativi di cui fino a quel momento le Autorità portuali si erano avvalse.

b) In secondo luogo, si evidenziò l'insostenibilità della vigente disciplina del lavoro portuale, cui erano soggette le imprese nello svolgimento delle proprie attività.

Il regime della riserva, cristallizzato nelle sopra esaminate disposizioni

garantisce la migliore qualità del servizio. È pertanto necessario condurre a termine in tempi brevi l'emanazione del regolamento interministeriale previsto dal comma 3 dell'art. 4 del D.Lgs. n. 334 del 1999. Il recepimento integrale delle normative IMO (International Maritime Organization) e delle convenzioni internazionali sulla sicurezza del traffico marittimo, i controlli intensificati sullo stato del naviglio in transito, l'applicazione da parte delle imprese portuali delle norme sulla sicurezza del lavoro dovranno consentire un tasso decrescente d'infortuni sul lavoro ed impedire l'approdo di navi sprovviste di adeguati standard di sicurezza».

⁸⁹ G. TACCOGNA, *op. cit.*, 251.

del codice della navigazione e pervicacemente difeso dalle associazioni dei lavoratori nei porti, non solo costituiva sempre di più un ostacolo per gli operatori, ma, oltretutto, appariva assolutamente in contrasto con l'affermazione dei principi di concorrenza imposti dalla Comunità Europea agli Stati membri.

E tale circostanza risultava di particolare gravità se si considera che il dibattito sorto sull'argomento si era trascinato per quasi trenta anni senza produrre alcun risultato concreto⁹⁰, se non qualche isolato e tardivo intervento della giurisprudenza, diretto a circoscrivere l'ambito di applicazione della riserva stessa⁹¹.

c) In terzo luogo, si dovette prendere atto che gli enti portuali stavano attraversando una grave crisi finanziaria, aggravata dall'obsoleto regime normativo esistente.

E la situazione era tale da indurre anche i tribunali chiamati a decidere su controversie che implicavano l'applicazione di tale disciplina a sollecitare a gran voce una sua riforma generale⁹².

Una prima risposta a tali eventi fu rappresentata dalla possibilità, concessa agli enti portuali, di avvalersi della previsione contenuta nell'art. 110, co. 5 cod. nav. nella parte in cui, pur riservando alle compagnie o ai gruppi lo svolgimento delle operazioni portuali, faceva salvi i «casi speciali» da stabilirsi da parte del Ministro dei Trasporti e della Navigazione (cd. "Autonomia funzionale")⁹³.

⁹⁰ Il problema connesso alla operatività della riserva del lavoro portuale era stato, infatti, evidenziato già da E. GUICCIARDI, *Il caso della «Butterfly» e la competenza giurisdizionale*, in *Giur. It.*, 1967, I, 2, 48 ss.

Al riguardo però paiono illuminanti anche gli interventi contenuti in AA.VV., *Atti del Convegno di studi sugli aspetti giuridici ed economici della produttività dei porti - M/n Franca C 26-30 giugno 1962 / organizzato dal Centro italiano di studi amministrativi e dall'Unione italiana delle Camere di commercio industria e agricoltura con l'adesione del Consiglio nazionale della economia e del lavoro e la collaborazione della rassegna Il Consiglio di Stato*, Roma – Italedi, 1962, nel volume è contenuto anche E. GUICCIARDI, *Problemi giuridici attuali dell'attività portuale, Relazione*, 4 ss., che fa specifico riferimento a questa problematica; fondamentale sul tema è anche AA.VV., *Atti del Convegno di "Studi sulla funzione economica dei porti con particolare riguardo a quelli industriali": Tavola Rotonda di Venezia, 29.11-1.12.1963*, Roma, 1964 recante l'intervento di F. BENVENUTI, *L'ordinamento giuridico dei porti con particolare riguardo a quelli industriali*, 87 ss.

⁹¹ Così, ad es., S.U. Cass., 5 novembre 1994, n. 5583 e Pretore di Livorno, ordinanza del 14 aprile 1989

⁹² G. TACCOGNA, *op. cit.*, 251.

⁹³ In realtà, di casi di ricorso all'autonomia funzionale v'è traccia anche negli anni precedenti, tanto che se ne parla espressamente anche nelle tavole rotonde organizzate per discutere dei problemi della portualità: si rimanda, a tal proposito, ai testi citati alla nt. 75 e agli interventi ivi contenuti.

Dell'istituto dell'autonomia funzionale è rimasta, inoltre, traccia anche nella stessa l. 84/94: infatti, l'art. 19 della legge, (peraltro proprio rubricato «autonomie funzionali») prevede che «le imprese industriali dei settori siderurgico e metallurgico che abbiano ottenuto, alla

Si trattava di un istituto a cui⁹⁴ si fece progressivamente sempre più ricorso, non tanto per i porti commerciali, almeno fino ai primi anni novanta, ma per i porti industriali, mediante la concessione in esclusiva di aree e banchine ad industrie costiere, nell'ambito del proprio ciclo produttivo, nonché alle imprese che «erano nel contempo ricevatrici, trasformatrici e spediatrici delle merci ed esercivano in proprio attrezzature di imbarco e sbarco, per le quali non era prevista alcuna normativa portuale specifica sebbene avessero esigenze organizzative del tutto particolari»⁹⁵.

In altri termini, avvalendosi di tale istituto, combinato con la concessione in esclusiva a determinate imprese di apposite aree e banchine portuali, era, possibile per le imprese disporre di un approdo privato nel quale organizzare e gestire liberamente ed in modo più efficiente le proprie operazioni portuali, senza soggiacere alla riserva del lavoro portuale prevista in favore delle compagnie

A tale rimedio, si affiancò poi la possibilità per le imprese di avvalersi del cd. "diritto di autoproduzione", previsto all'art. 9, del l. 10 ottobre 1990, n. 287⁹⁶.

Considerato cioè che in taluni porti del Paese lo svolgimento delle operazioni portuali era esercitato direttamente dai relativi enti gestori o da questi ultimi affidato in concessione, tali enti potevano essere ritenuti, in sostanza, titolari di un monopolio per lo svolgimento di tali operazioni, ricadendo nelle previsioni del comma 1 dell'art. 9 L. 287/1990. Senonché,

data di entrata in vigore della presente legge, l'autorizzazione a svolgere l'attività di carico e scarico delle merci direttamente connesse alla attività produttiva con personale proprio e con tempi e modalità legati al ciclo produttivo, possono continuare ad avvalersi, sino alla scadenza delle rispettive concessioni, per la movimentazione di merci o materiali direttamente connessi all'attività produttiva delle imprese stesse o di imprese collegate facenti parte dello stesso gruppo, senza alcuna limitazione, del personale alle proprie dipendenze, sulle banchine e negli approdi di loro uso esclusivo, nei loro stabilimenti e nelle aree adiacenti. Alla scadenza delle suddette concessioni, la prosecuzione della attività industriale costituisce titolo di preferenza per il rinnovo delle stesse»

⁹⁴ E. GUICCIARDI, *Problemi giuridici attuali dell'attività portuale*, cit.

⁹⁵ G. TACCOGNA, *op. cit.*, 47-48

⁹⁶ ID., 270, ma con riferimento ai riflessi sul regime del lavoro portuale, si vedano le pagine precedenti; sul tema, in generale, si veda soprattutto, V. DONATIVI, *Autoproduzione e concorrenza nel sistema portuale – il servizio di rimorchio*, Milano, 1993, 193 ss.

In particolare, l'art. 9 della legge richiamata disponeva che «la riserva per legge allo Stato ovvero a un ente pubblico del monopolio su un mercato, nonché la riserva per legge ad un'impresa incaricata della gestione di attività di prestazione al pubblico di beni o di servizi contro corrispettivo, non comporta per i terzi il divieto di produzione di tali beni o servizi per uso proprio, della società controllante e delle società controllate. L'autoproduzione non è consentita nei casi in cui in base alle disposizioni che prevedono la riserva risulti che la stessa è stabilita per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e difesa nazionale, nonché, salvo concessione, per quanto concerne il settore delle telecomunicazioni».

ciò significava che anche alle imprese vettrici utenti del porto o alle imprese svolgenti attività di industriale che si servivano delle banchine operazione relative a merci o altri prodotti da esse trasportate e rientranti dei relativi cicli di lavorazione, doveva essere garantito nei confronti degli enti portuali (che agivano in monopolio) il diritto di autoproduzione per le operazioni portuali svolte per conto proprio.

Nello stesso tempo, come è stato rilevato, queste imprese non avrebbero in realtà potuto invocare contro l'Ente portuale tale disposizione per svolgere operazioni portuali per conto di terzi, giacché in tal caso «*l'attività «autoprodotta» avrebbe coinciso esattamente con l'oggetto del monopolio o della riserva e non sarebbe stata quindi esercitata per proprio conto ai sensi dell'art. 9*»⁹⁷.

Il riferimento agli istituti dell'autonomia funzionale e dell'autoproduzione (ove riferita alle operazioni portuali) consentono di chiarire un aspetto essenziale nel percorso di affermazione della concessione portuale nell'ordinamento interno.

Si è detto in precedenza che fino alle riforme degli anni novanta, in sostanza, il regime delle concessioni di aree e banchine portuali non subì modifiche normative. Ebbene, nella prassi, il ricorso allo strumento della concessione di aree demaniali ex art. 36 cod. nav., combinata ad altri istituti, costituiva proprio il mezzo per poter ottenere quello che la disciplina vigente non prevedeva: ossia, la possibilità per gli operatori di svolgere in un unico ciclo produttivo e operativo a carattere continuativo e integrato le operazioni ed i servizi portuali.

Una risposta alle difficoltà sorte nel corso di quegli anni venne anche dalle iniziative promosse direttamente nell'ambito degli scali portuali: in tal senso è possibile richiamare quale esempio il cd. «libro blu», approvato il 5 luglio 1984 dall'Assemblea del Consorzio Autonomo del Porto di Genova e diretto ad «unificare» le operazioni di terra e di bordo, nel rispetto della riserva del lavoro portuale «*con loro attribuzione esclusiva all'impresa responsabile di tali operazioni cui deve competere necessariamente anche «l'unità della loro direzione»*»⁹⁸.

11. La sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 10 dicembre 1991, C-179/90, nel caso Siderurgica Gabrielli ed il confronto con la sentenza del Consiglio di Stato del 1906.

Il sistema entrò però definitivamente in crisi a seguito della pronuncia da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee dell'ormai celebre sentenza del 10 dicembre 1991⁹⁹, nel caso *Siderurgica Gabrielli*¹⁰⁰: una

⁹⁷ G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali*, cit., 271.

⁹⁸ S.M. CARBONE, *Compagnie: vecchie e nuove*, cit., 235.

⁹⁹ C-179/90.

sentenza intervenuta in modo, quasi occasionale¹⁰¹, e non da tutti originariamente accolta con favore¹⁰².

Il caso é noto: la Siderurgica Gabrielli, un'impresa che si occupa della trasformazione dei prodotti siderurgici e, in particolare, della lamiera, si rivolgeva alla concessionaria titolare del diritto esclusivo di svolgere nel porto di Genova le operazioni relative alle merci convenzionali, al fine di effettuare lo sbarco di una partita di acciaio dalla Germania, benché lo scarico della merce sarebbe potuto essere eseguito anche direttamente dal personale della nave. La concessionaria, a sua volta, si rivolgeva alla Compagnia portuale di Genova per l'ingaggio delle maestraenze.

Le previste operazioni di sbarco della merce subirono, tuttavia, forti ritardi a causa degli scioperi proclamati dai lavoratori della Compagnia, causando così un grave danno alla impresa siderurgica la quale, di conseguenza, promosse un'azione giudiziaria avanti al Tribunale di Genova per ottenere il risarcimento.

Nell'ambito del giudizio, il Tribunale italiano rimise alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli articoli 7, 30, 85, 86 e 90 del Trattato istitutivo della CEE.

In sintesi:

(a) con la prima questione, si chiedeva alla Corte se nel caso di importazione via mare di merci provenienti dall'interno del mercato comune gli articoli del Trattato istitutivo potessero attribuire alle imprese comunitarie il diritto di svolgere direttamente le operazioni di scarico delle merci, pur in presenza di una riserva che ne attribuiva l'esclusiva favore di determinate imprese;

(b) con la seconda questione, si chiedeva, invece, se le imprese e le compagnie portuali costituissero imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale e se potessero considerarsi, di conseguenza, esentate dall'applicazione delle disposizioni in questione, considerate queste

¹⁰⁰ La sentenza è stata oggetto di numerosissimi ed attenti studi da parte della dottrina, si ricordano, oltre all'approfondita disamina compiuta da G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali*, cit., 273-294, nonché da B. TONOLETTI, *op. cit.*, 393 e ss. (che compie un interessante parallelo con la storica pronuncia del Consiglio di Stato del 1906, sopra esaminata nel testo) si veda S. M. CARBONE – F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale*, in *Dir. mar.*, 1994, 7 ss.; D.M. TRAINA, *Porti*, in *Trattato Di Diritto Amministrativo Europeo. Parte Speciale*, 2007, 983 ss.

¹⁰¹ *Ibidem*,

¹⁰² M. BARBIERI, *Lavoro portuale*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, 455 ss., secondo cui «è ragionevole pensare che questa sentenza (...) sia stata influenzata (...) dalla prospettazione – del tutto inadeguata – effettuata dall'ordinanza di rinvio, in relazione alla quale la Corte fornisce la propria pregiudiziale ex art. 177 del Trattato. Occorre ricordare che il tribunale di Genova aveva particolarmente insistito sul carattere necessariamente nazionale tanto dell'impresa di sbarco (art. 197 reg.) quanto dei lavoratori che costituiscono la compagnia portuale (art. 152, n 2, reg.)».

ultime ostative della missione impartita ai sensi dell'art. 90, comma 2 del Trattato.

La Corte di Giustizia rispose affermativamente alla prima questione, mentre negò che potesse ricorrere la situazione indicata dal Tribunale nella seconda questione¹⁰³.

In tal quadro, è interessante porre a confronto le conclusioni raggiunte dalla CGCE nel caso *Siderurgica Gabrielli* con quelle formulate dal Consiglio di Stato nella sentenza del 1906.

Nel parallelo tra le due pronunce, sembra emergere non tanto una contrapposizione di modelli, quanto piuttosto, anche a fronte del diverso approccio usato dal tribunale comunitario rispetto a quello interno, un maggiore approfondimento della questione e, dunque, una risposta diversa ai problemi comuni.

Come è stato rilevato¹⁰⁴, dall'inciso dedicato al punto dalla Corte di Giustizia, ma soprattutto attraverso le conclusioni dell'Avvocato generale, non traspare un modello «privatistico» di gestione del porto, in contrasto con il modello «pubblicistico», riscontrato dal Consiglio di Stato; non è, infatti, questo ciò che rileva ai fini della qualificazione delle attività svolgentesi in un porto.

A prescindere dal modello di gestione adottato, infatti, ciò che conta, ad avviso della Corte di Giustizia è il passaggio dalla direzione delle attività del porto, all'effettivo esercizio delle singole attività.

Queste ultime, configurandosi come prestazioni che vengono acquistate direttamente dagli utenti, non si differenziavano cioè in alcun modo rispetto ad altre attività economiche, le quali, pur potendo rivestire interesse economico generale, non costituiscono attività svolte direttamente in favore della collettività.

Rispetto alle riflessioni del Consiglio di Stato, si compie dunque un passaggio logico ulteriore a livello argomentativo: operazione consentita, presumibilmente, sia dal diverso approccio metodologico seguito – quello del Giudice interno, svolto attraverso le basi della dottrina e della fase storica del tempo; quello del Giudice comunitario, incardinato nei principi contenuti nel trattato e nella normativa europea – sia dall'attraversamento dell'esperienza secolare che aveva consentito di assimilare i profili critici della precedente prospettiva.

L'affermazione della natura “privatistica” delle operazioni portuali da parte della CGCE avrebbe potuto determinare due conseguenze: o una

¹⁰³ Così, tra gli altri, B. TONOLETTI, *op. cit.*, 396. In realtà, secondo M. BARBIERI, *op. cit.*, 456 «*la Corte si è limitata ad osservare che «non risulta agli atti ... che l'interesse economico generale legato alle operazioni portuali abbia un carattere specifico rispetto a quello di altre attività» (così ritenendo, n.d.r....) che l'intervento della Corte abbia portato un reale contributo all'individuazione e soluzione degli intricati problemi interpretativi legati alla riserva».*

¹⁰⁴ B. TONOLETTI, *op. cit.*, 402.

traslazione dell'elemento pubblicistico su altri aspetti dell'ordinamento portuale, oppure la sua completa obliterazione. In altri termini, a fronte della riconosciuta natura privatistica delle operazioni portuali, il sistema si sarebbe potuto evolvere o rinvenendo elementi diversi che potessero attribuire al regime portuale una qualche natura di ordine pubblico, oppure concludendo per la insussistenza di tali elementi.

La soluzione che venne adottata consistette nell'individuare tale aspetto pubblicistico nel porto stesso.

Ciò avvenne, per un verso, attribuendo all'amministrazione preposta alla sua gestione il ruolo di coordinamento e programmazione delle attività indirettamente finalizzate al soddisfacimento di interessi pubblici; per altro verso, recuperando la sua natura di bene demaniale, il cui uso deve essere assentito mediante lo strumento concessorio, proprio al fine di consentire, ai soggetti interessati, lo svolgimento concorrenziale di tutte le operazioni ed i servizi portuali.

Vedremo che entrambi gli aspetti saranno recepiti dal legislatore italiano nella legge di riforma del settore portuali.

12. Gli eventi successivi: verso la costruzione di un nuovo modello di gestione portuale.

La pronuncia della Corte non imponeva però una riforma radicale del sistema allora vigente, essendo sufficiente, affinché il legislatore nazionale vi si adeguasse, l'introduzione di specifiche modifiche agli artt. 110 e 111 cod. nav., tali da far venir meno lo sfruttamento della posizione dominante attribuita alle imprese che erano titolari dei diritti là riconosciuti, nonché da portare all'eliminazione del requisito della nazionalità per l'appartenenza alle compagnie¹⁰⁵.

Inoltre, neppure le successive considerazioni formulate dal Commissario Europeo alla Concorrenza, nella lettera trasmessa all'Italia a seguito della sentenza in parola, sembravano dover comportare un radicale mutamento del regime esistente, sebbene si chiedesse espressamente di intervenire sugli artt. 110 e 111 cod. nav. «*in modo tale da permettere alle imprese portuali sia di avvalersi dei servizi di più compagnie portuali, sia di fare ricorso a personale non organizzato in compagnie e gruppi*» e, dunque, in altri termini, si imponesse di correggere il sistema del lavoro portuale vigente all'epoca¹⁰⁶.

Eppure, la pronuncia ebbe quasi immediati effetti di ordine pratico, amplificando i termini della contrapposizione già esistente tra gli operatori portuali

¹⁰⁵ G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali*, cit., 295.

¹⁰⁶ S. M. CARBONE – F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale*, in *Dir. mar.*, 1994, 14 ss.

Si ritenne, infatti, che con la sentenza della CGCE erano venuti meno sia la riserva del lavoro portuale sia i relativi poteri dell'amministrazione marittima di imporre l'impiego dei lavoratori aderenti alle compagnie: il che portò le imprese a svolgere direttamente, con personale e mezzi propri, le operazioni portuali.

Il comportamento delle imprese determinò la reazione delle compagnie ed il deflagrare del contenzioso di fronte alle corti interne, le quali si espressero in misura discordante sul punto¹⁰⁷, pur giungendo, tendenzialmente, a riconoscere il diritto delle imprese di navigazione di autoprodurre le operazioni portuali, sulla base del disposto dell'art. 8 l. 287/1990. Diritto che invece venne negato alle imprese terminaliste, sul presupposto che l'attività autoprodotta si sarebbe configurata non quale preliminare o intermedia del loro ciclo industriale, bensì proprio nel prodotto finale immesso sul mercato per conto di terzi¹⁰⁸.

Al fine di individuare la soluzione più rispondente alle istanze comunitarie, il Governo italiano emanò la circolare n. 21 del 9 luglio 1992, a firma del Ministro della Marina mercantile¹⁰⁹.

In particolare, muovendo dal presupposto di ordine generale secondo cui la normativa interna ritenuta in contrasto con i principi comunitari dovesse essere disapplicata anche da parte della pubblica amministrazione, con tale atto il Ministero invitava le autorità marittime e gli enti portuali affinché si «autoregolassero» per sopperire al venir meno della disciplina della riserva di lavoro portuale, caducata in ragione dell'intervento della Corte di Giustizia.

Ciò che appare di maggior rilievo ai nostri fini è che già nella circolare del 1992 veniva introdotta non solo una larvata forma di liberalizzazione del mercato delle operazioni portuali per conto terzi, per le quali restava comunque in vigore la necessità di affidare dette operazioni mediante lo strumento della concessione, ma soprattutto l'introduzione di previsioni specifiche volte a regolare il godimento dei beni demaniali necessari (in particolare, le banchine) alle imprese per svolgere operazioni portuali, in

¹⁰⁷ G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali*, cit., 300; cfr. anche S.M. CARBONE, *Dalla riserva di lavoro portuale all'impresa terminalista*, cit., 600-601 e F. BERLINGERI, *Una decisione errata e inopportuna (nota alla ordinanza del Tribunale di Genova 25 luglio 1992)*, in *Dir. mar.*, 1992, 745-746: in quest'ultima ordinanza il Tribunale di Genova aveva, in particolare, ritenuto che con la sentenza *Merci*, la Corte di Giustizia CEE aveva riconosciuto la non incompatibilità dell'art. 110 cod. nav. con il Trattato CEE, sostenendo che spettasse al giudice nazionale il potere di verificare caso per caso l'eventuale esistenza di situazioni di incompatibilità, senza che ciò comportasse dunque in alcun modo la disapplicazione della norma in questione.

¹⁰⁸ *Id.*, 269 e 302: l'Autore mostra più di una perplessità rispetto a questa conclusione, rilevando che in realtà era probabile che non vi fosse affatto piena coincidenza tra l'oggetto delle attività dei concessionari terminalisti e quella riservata alle maestranze riunite in compagnie.

¹⁰⁹ Reperibile in *Dir. mar.*, 1992, 861 e ss.

modo tale che, nello stesso tempo, taluni soggetti potessero divenire concessionari di aree in via esclusiva (per lo svolgimento dell'intero ciclo operativo, con proprie attrezzature e sistemi integrati), mentre ad altri fosse offerta la disponibilità di spazi in cui poter operare pur senza essere titolari di concessioni demaniali.

Già dall'esame di tali caratteri emergeva dunque come la liberalizzazione verso la quale il sistema si stava orientando come regime singolarmente gestito dall'ente portuale a ciò preposto, in una cornice normativa di ordine generale.

La prospettiva di insieme si sgranò ulteriormente in sede di elaborazione di un apposito disegno di legge (rappresentato dal d.l. n. 409/1992), di poco successivo alla citata circolare, che si sarebbe dovuto adottare "in via d'urgenza", al fine di introdurre una parziale riforma dell'ordinamento portuale.

In particolare, il d.l. n. 409/1992 abbandonava il regime concessorio quale mezzo per l'esercizio delle operazioni portuali, ma, nel contempo, confermava le previsioni già indicate nella circolare, con riguardo alle concessioni di aree demaniali¹¹⁰.

In tal senso, tale provvedimento introduceva nell'ordinamento interno la figura delle cd. imprese terminaliste: cioè, di quei «*soggetti in grado di svolgere compiutamente il ciclo operativo di tutti i servizi relativi alla merce durante il, e in occasione del, suo sbarco o suo imbarco, ed al tempo stesso forniti delle risorse umane e strutturali idonee a realizzare un programma di sviluppo dei traffici marittimi del porto con riferimento all'area demaniale ad esso assegnata*»¹¹¹. L'introduzione di questa figura rappresentava una novità molto significativa, nonché un passo decisivo verso il superamento del sistema previgente: basti, infatti, considerare che quest'ultima, pur essendo ampiamente nota alle dottrine economiche, risultava, come visto, ancora del tutto estranea (e sconosciuta) all'impianto sistema del cod. nav.

In attesa della conversione in legge del citato d.l., che però non avvenne mai nonostante le ripetute reiterazioni¹¹², il Ministero della Marina mercantile adottò una nuova circolare - la n. 22 del 30 ottobre 1992¹¹³ - con la quale si ribadiva l'auspicio che in ciascuno scalo del Paese si realizzasse un mercato delle operazioni portuali effettivamente aperto e concorrenziale.

Sull'esigenza di giungere ad una *renovatio* del sistema si espresse, peraltro, nello stesso periodo, l'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato (AGCM), istituita con la L. 287/1990, rilevando la necessità di

¹¹⁰ Per una sua disamina, si veda in particolare, S.M. CARBONE, *Dalla riserva di lavoro portuale all'impresa terminalista*, cit., 601 ss.

¹¹¹ S. M. CARBONE – F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario*, cit., 45 ss.

¹¹² ID., 19.

¹¹³ Reperibile in *Dir. mar.*, 1992, 910.

giungere ad una effettiva liberalizzazione del mercato. In particolare, l'AGCM auspicò, per un verso, la cancellazione del regime di riserva o monopolio del lavoro portuale in favore delle compagnie; per altro verso, il ritorno dell'intervento pubblico, caratterizzato da prevalenti aspetti di mera polizia sulle attività economiche rimesse a soggetti privati in regime di mercato¹¹⁴.

L'adozione dei richiamati provvedimenti amministrativi si rilevò, tuttavia, insufficiente a far fronte alla situazione che si era venuta a creare, né si rilevò percorribile, come visto, la strada dell'intervento legislativo d'urgenza.

Non restava dunque altra via che quella di adottare una legge di riforma complessiva della "portualità italiana"¹¹⁵.

13. La legge n. 84/1994: l'introduzione dell'istituto della concessione di aree e banchine ed il ruolo dell'impresa terminalista.

In seguito a tali eventi, il legislatore italiano approvò la legge 28 gennaio 1994, n. 84, recante il "*Riordino della legislazione in materia portuale*", che doveva dar seguito ai rilievi comunitari e, nel contempo, accogliere le proposte contenute nelle circolari del Ministero della Marina mercantile e nel citato d.l. 409/1992¹¹⁶.

Per quanto più interessa, le principali novità della legge di riforma consistevano:

(a) nell'introduzione di un istituto denominato «concessione di aree e banchine», mutuato su quanto già previsto nel sopra citato d.l. 1992, che trovava collocazione nell'art. 18 della l. n. 84;

(b) nella "privatizzazione" delle operazioni portuali¹¹⁷, prevedendo, all'art. 16, che le imprese portuali sarebbero state legittimate a svolgere dette operazioni solo a seguito del rilascio di apposite "autorizzazioni", da parte dell'Autorità portuale ed in seguito alla verifica del possesso in capo

¹¹⁴ Cfr., Parere AGCM, 16 settembre 1993.

¹¹⁵ S. M. CARBONE – F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario*, cit., 20.

¹¹⁶ Per una disamina generale dell'impianto normativo e delle principali innovazioni della l. 84/94 si vedano, tra gli altri, F. BERLINGERI, *Nota sulla legge 28 gennaio 1994, n. 84 su riordino della legislazione in materia portuale*, in *Dir. mar.*, 1994, 238 ss.; M. CASANOVA, *Note sulla legge n. 84 del 1994 di riordino della legislazione in materia portuale*, in *Economia e diritto del terziario*, 2000, 311; S. M. CARBONE – F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario*, cit., 20; D.M. TRAINA, *Porti*, cit., 986 ss.; G. SIRIANNI, *I porti marittimi*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, tomo III, 2a ed., Milano, 2005, 2546 ss. (in particolare, si veda, 2557 ss.).

¹¹⁷ S. M. CARBONE, *La privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, 1, 1 e ss.

alle imprese richiedenti di specifici requisiti¹¹⁸;

(c) nella previsione di un espresso collegamento funzionale tra la disciplina dell'istituto, di nuovo conio, delle concessioni di aree e banchine e quella delle operazioni portuali.

Con l'introduzione della concessione portuale veniva dunque recepito sul piano normativo uno schema operativo che, prima della riforma del 1994, la prassi aveva già parzialmente attuato sulla base degli istituti giuridici allora consentiti.

In forza dell'art. 18 l. 84/1994 il concessionario autorizzato poteva, infatti, gestire interamente una determinata area collocata all'interno dell'ambito portuale al fine di realizzare, in sostanza, tutte quelle attività successive all'ormeggio di una nave in porto, che in precedenza venivano affidate a soggetti diversi¹¹⁹.

In controtendenza rispetto a quanto previsto dall'art. 36 cod. nav., l'art. 18 l. 84/1994 configurava, inoltre, l'istituto introdotto alla stregua di strumento giuridico "flessibile": tanto che il co. 4 dell'articolo prevedeva la possibilità di negoziare le modalità di rilascio delle concessioni, attraverso lo strumento di "accordi sostitutivi", mentre il successivo co. 5 disponeva che la concessione poteva comprendere anche la realizzazione di opere infrastrutturali.

Un'ulteriore differenza rispetto al regime previsto dall'art. 36 cod. nav. e dalle disposizioni relative al procedimento di rilascio di concessioni di beni demaniali marittime contenute nel regolamento di attuazione al codice consisteva nel fatto che l'iniziativa per ottenere l'assentimento delle concessioni al fine dell'esercizio delle operazioni portuali non fosse più sostanzialmente attribuita al privato, bensì devoluta, in linea di massima, proprio alle Autorità portuali¹²⁰.

Con l'introduzione della concessione portuale faceva altresì la sua comparsa la figura della cd. impresa terminalista¹²¹.

Benché già conosciuta dalle discipline economiche ed operante nei principali porti europei, tale figura era pressoché sconosciuta al nostro ordinamento

Un riferimento alla sua nozione era in reità contenuto nel progetto di

¹¹⁸ Con specifico riferimento all'ipotesi dello svolgimento di operazioni e servizi portuali per conto proprio, previste nell'art. 16 della L. 84/1994, si veda L. TULLIO, *Spunti sull'esercizio di operazioni e servizi portuali per conto proprio*, in *Dir. trasp.*, 2010, 57 ss.

¹¹⁹ Compresa dunque l'operazione di accosto delle navi alla banchina affidata in concessione, come rilevato da F. BERLINGERI, *Nota sulla legge 28 gennaio 1994, n. 84*, cit., 239.

¹²⁰ Così, M. CASANOVA, *Note sulla legge n. 84 del 1994*, cit. 321.

¹²¹ Cfr., in particolare, E. VINCENZINI, *Una realtà portuale e una figura giuridica nascente: il terminal operator*, in *Diritto dei Trasporti*, 1989, 61 ss.; per un'analisi della convenzione UNCITRAL sulla responsabilità dei terminalisti nei commerci internazionali, si veda, G. BOI, *Attività portuali e terminals secondo la normativa legale*, in *Economia e diritto del terziario*, 2000, 83.

convenzione sulla responsabilità dei terminal *operators* che era stato elaborato in seno all'UNIDROIT e consegnato all'UNCITRAL e che nel 1991 era divenuto, seppure con modifiche ed integrazioni, il testo della relativa convenzione, ancora oggi in attesa del necessario numero di ratifiche¹²². Nel testo del progetto di convenzione, all'art. 1 lett. a), si stabiliva, infatti, che: «*operator of a transport terminal means a person who, in the course of his business, undertakes to take in charge goods involved in international carriage in order to perform or to procure the performance of transport-related services with respect to the goods in an area under his control or in respect of which he has a right of access or use. However a person shall not be considered an operator to the extent that he is responsible for the goods as a carrier or multimodal transport operator under applicable rules of law governing carriage*».

In realtà l'introduzione di questa figura non aveva riflessi limitati alla sola sfera delle operazioni portuali, ma incideva sulla stessa organizzazione del porto: tanto che se prima della legge di riforma del 1994 si poteva identificare formalmente un solo mercato portuale, coincidente con quello delle imprese svolgenti operazioni portuali, successivamente era possibile distinguere due diversi mercati: 1) il primo corrispondente a quello in cui operava la cd. "impresa generalista"; 2) il secondo mercato è, invece, quello dell'impresa terminalista.

Nel primo caso, l'impresa generalista poteva cioè svolgere una sola o tutte le operazioni ed i servizi contemplati dall'art. 16 della l. n. 84/94: al fine dell'esercizio di tale attività, l'ordinamento richiedeva, infatti, solo che tali soggetti ottenessero l'autorizzazione da parte dell'Autorità portuale e, una volta ottenuta, era compito della stessa Autorità, ai sensi dell'art. 18, co. 3, della l. 84/94 mettere loro a disposizione "spazi riservati" per l'espletamento delle relative operazioni.

Quanto al secondo mercato, l'articolo 18 l. 84/94 imponeva invece all'Autorità competente alla gestione del porto l'onere di dare in concessione all'impresa terminalista le aree demaniali e le banchine ricomprese nel relativo ambito portuale. Inoltre, la disposizione in esame stabiliva in capo al concessionario non solo l'obbligo di corrispondere al concedente il canone dovuto per l'uso dell'area, bensì quello di «*dare vita alla produzione di servizi portuali la cui modalità di prestazione renda oggettivamente e concretamente visibile una attività produttiva a ciclo integrale e continuativo, in altri termini, ad una gamma completa di prestazioni che, alla luce dell'odierno stato della tecnologia, delle caratteristiche strutturali e funzionali del bene demaniale, sul quale fa perno la struttura aziendale, siano in grado di esaurire tutto il ciclo*

¹²² Così, G. CAMARDA, S. CORRIERI, T. SCOVAZZI, *La riforma del diritto marittimo nella prospettiva storica*, Milano, 2010, 129.

operativo che si collega con la partecipazione del vettore marittimo»¹²³.

Con ciò dunque andando oltre l'aspetto della mera regolazione dell'uso di un'area demaniale per disciplinare le modalità ed i limiti della attività che su tale aree deve essere svolta.

14. I primi problemi della nuova disciplina e le successive modifiche.

Con specifico riferimento alle questioni che più interessano la ricerca che ci occupa, la nuova disciplina, presentava però, nello stesso tempo, numerosi ed evidenti aspetti critici, tanto di natura pratica, quanto di ordine sistematico.

In primo luogo, nella legge non sembrava ben delineato il collegamento funzionale posto tra la concessione portuale e l'autorizzazione allo svolgimento delle operazioni portuali. In particolare, non si comprendeva la ragione per la quale un operatore, già in possesso della concessione ex art. 18 l. 84/94 per lo svolgimento delle operazioni portuali, dovesse comunque ottenere una preventiva autorizzazione per lo svolgimento delle medesime attività.

In secondo luogo, appariva incerta la qualificazione dell'istituto che emergeva dall'art. 18 l. 84/94, considerato che il primo comma dello stesso articolo si limitava a prevedere che *«l'autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità marittima danno in concessione le aree demaniali e le banchine comprese nell'ambito portuale alle imprese di cui all'articolo 16, comma 3, per l'espletamento delle operazioni portuali nonché di attività relative ai passeggeri e di servizi di preminente interesse commerciale ed industriale, fatta salva l'utilizzazione di immobili demaniali da parte di amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di funzioni attinenti ad attività marittime e portuali»*.

Così mescolando, in un unico strumento, la gestione delle aree dedicate alla gestione delle operazioni portuali e quella delle attività relative ai passeggeri.

Un terzo problema era rappresentato dal rapporto tra l'art. 18 l. 84/1994 e l'art. 36 cod. nav., posto che la formulazione della nuova disposizione non chiariva quali fossero i rapporti con la norma contenuta nel codice. Da ciò, sorgevano perlomeno due dubbi: il primo di ordine sistematico, il secondo di natura operativa:

(A) in primo luogo, era cioè necessario chiarire se l'art. 18 avesse introdotto una ipotesi di concessione demaniale marittima a complemento dell'istituto regolato dall'art. 36 cod. nav., ovvero un istituto del tutto diverso rispetto a quest'ultimo¹²⁴;

¹²³ R. LONGOBARDI, *I porti marittimi*, cit., 346.

¹²⁴ In particolare, si soffermano ampiamente sulla distinzione tra concessione ex art. 36 cod. nav. e concessione ex art. 18 l. 84/94 F. PACCIANI - G. LOFFREDA, *Sulle modalità di*

(B) inoltre, dato che l'art. 18 l. 84/94 rinviava, ai fini della regolazione delle modalità di rilascio della concessione, alla futura emanazione di un decreto ministeriale, si poneva la questione di valutare se, nelle more dell'adozione di tale decreto, si sarebbe dovuto applicare la disciplina contenuta nel codice della navigazione e nel relativo regolamento di attuazione¹²⁵.

Senza contare che l'applicazione della disciplina generale in tema di concessioni demaniali costituendo, seppure indirettamente, il riferimento più immediato nella determinazione delle procedure di rilascio delle concessioni portuali, provocava problemi di compatibilità con i principi comunitari di concorrenza e trasparenza¹²⁶.

Nel frattanto, si poneva l'interrogativo se, alla luce della riforma costituzionale del 2001 che aveva radicalmente modificato l'art. 117 e 118 Cost., attribuendo alle Regioni la competenza concorrente con lo Stato a legiferare in materia di porti, il rinvio dell'art. 18 l. 84/94 al suddetto decreto ministeriale avesse ancora un significato e non spettasse ormai alle singole Regioni, e non più allo Stato, introdurre una regolamentazione più dettagliata in materia.

Un altro problema era rappresentato dalla disposizione contenuta nel co. 7 dell'art. 18, ove vincolava l'impresa concessionaria di un'area demaniale ad esercitare direttamente l'attività per la quale aveva ottenuto la concessione, non potendo essere contestualmente concessionaria di altra area demaniale nello stesso porto.

Al fine di accentuare la concorrenza all'interno dei porti, l'introduzione di questa norma tentava cioè di evitare che il soggetto destinatario della concessione, per un verso, si limitasse a fungere da intermediario, "sub-affidando" le attività oggetto della concessione; per altro verso, assumesse

affidamento in concessione delle aree del demanio marittimo all'interno dei porti commerciali, in *Dir. trasp.*, 2009, 65 ss.

¹²⁵ A riguardo l'art. 18 prevedeva, infatti, che «..le concessioni sono affidate, previa determinazione dei relativi canoni, sulla base di idonee forme di pubblicità, stabilite dal Ministro dei trasporti e della navigazione con proprio decreto. Con il medesimo decreto sono altresì indicati: Con il medesimo decreto sono altresì indicati: a) la durata della concessione, i poteri di vigilanza e controllo delle autorità concedenti, le modalità di rinnovo della concessione ovvero di cessione degli impianti a nuovo concessionario; b) i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare in rapporto alla durata della concessione, agli investimenti previsti, al valore delle aree e degli impianti utilizzabili, ovvero al solo valore delle aree qualora il concessionario rilevi gli impianti all'atto della concessione. 2. Con il decreto di cui al comma 1 sono altresì indicati i criteri cui devono attenersi le autorità portuali o marittime nel rilascio delle concessioni al fine di riservare nell'ambito portuale spazi operativi allo svolgimento delle operazioni portuali da parte di altre imprese non concessionarie. 3. Con il decreto di cui al comma 1, il Ministro dei trasporti e della navigazione adegua la disciplina relativa alle concessioni di aree e banchine alle normative comunitarie».

¹²⁶ Cfr. C. INGRATOI, *La concessione di aree e banchine*, in *riv. dir. econ. trasp. e amb.*, Vol. V, 2007.

la posizione di monopolista in un determinato porto, mediante l'acquisito di diverse aree dello stesso. Il perseguimento delle riferite finalità comportava però un sensibile irrigidimento della disciplina in tema di concessioni portuali, introducendo una deroga rispetto al regime generale previsto dall'art. 45bis cod. nav., in forza del quale «*il concessionario, in casi eccezionali e per periodi determinati, previa autorizzazione dell' autorità competente, può affidare ad altri soggetti la gestione delle attività secondarie nell' ambito della concessione*».

Per di più si andava affermando una tesi che induceva ad affrontare la questione della concorrenza all'interno dei porti in un'ottica diversa rispetto a quella recepita nell'art. 18, rilevando cioè che, al fine di ottenere la massima efficienza del mercato ciò che contava non era tant'una necessità di una regolazione della concorrenza all'interno di ciascun singolo porto, bensì tra porti diversi¹²⁷. Il che comportava l'esigenza di non frammentare eccessivamente l'utilizzo delle aree portuali, dato che la presenza di più terminalisti *multipurpose* sarebbe potuta divenire controproducente rispetto ad uno sviluppo del singolo scalo.

Questi sono alcuni dei problemi che, insieme ad altri di ordine più sistematico, hanno indotto il legislatore ad intervenire più volte negli anni successivi all'introduzione della l. 84/94 sul testo della legge ed, in particolare, sul testo dell'art. 18.

Se però taluni dei problemi appena evidenziati sono riscontrabili ancora oggi, nel frattempo, il contesto normativo generale e la prassi ne ha aggiunti altri, che sono oggetto di un ampio dibattito tanto in dottrina, quanto davanti le corti interne¹²⁸.

15. Riflessioni finali.

Volendo, dunque, riassumere quanto sin qui esposto, è possibile formulare le seguenti riflessioni.

Nel ripercorrere la storia dell'evoluzione della disciplina dei porti, emerge come la radici della figura della concessione portuale siano da rinvenire in diversi istituti dell'ordinamento nazionale, nonché

¹²⁷ S. M. CARBONE – F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario*, cit., 27 ss.

¹²⁸ Per un inquadramento ragionato dei problemi non ancora risolti dalla l. 84/94 si veda M. VALENTE, *Autorità portuale ed enti locali a dieci anni dalla riforma portuale*, in *Diritto dei Trasporti*, 2004, 435 ss., specie con riferimento alla questione dei cd. sistemi portuali, nonché F. MUNARI, *I primi quindici anni della L. n. 84 del 1994. Esperienze, valutazioni e alcuni suggerimenti*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, 2010, 767 ss., che muove proprio dai principi ispiratori della legge per verificarne l'effettiva attuazione. Quanto allo specifico problema del rapporto tra l. n. 84/94 rispetto al riparto di competenze previsto dall'art. 117 cost. riformato nel 2001, si veda G. VERMIGLIO, *Porti e reti di trasporto e di navigazione tra Stato e Regioni (dopo la modifica del Titolo V della Costituzione)*, in *Dir. trasp.*, 2003, 449 ss.

nell'evoluzione storica che questi ultimi hanno attraversato.

L'istituto cui per primi si è fatto riferimento è la concessione di beni demaniali marittimi, prevista e disciplinata sin dal codice della Marina mercantile del 1865: quest'ultima presentava, nella più risalente normazione, una qualificazione che si intrecciava naturalmente con la concezione degli usi dei beni pubblici all'epoca dominante e recepita nei testi di legge. In tal contesto, l'uso del bene marittimo pubblico era concesso, in via privilegiata, per lo sviluppo delle attività industriali ed in via subordinata per scopi ricreativi; il bene era dunque l'oggetto sul quale si concentrava l'attenzione del legislatore.

Negli stessi anni, si veniva altresì ad affermare una figura diversa rispetto alla concessione di beni demaniali marittimi: ossia, la concessione di costruzione e gestione di opere marittime, prevista dal t.u. del 1885, che si intersecava – per l'oggetto cui era destinata, ma non per la natura dell'istituto – con la prima figura.

Nei primi anni del secolo XXesimo, la prospettiva iniziò progressivamente a mutare, incidendo, sul piano sistematico, in modo irreversibile sulla disciplina dei porti.

Le operazioni portuali, sino ad allora lasciate alla piena libertà di iniziativa dei privati, furono ricondotte, prima, al controllo e, poi, alla diretta gestione degli enti portuali che progressivamente vennero istituiti in tutto il territorio italiano: tali sviluppi poggiavano, da un lato, sulla rotta storico-politica percorsa dal nostro Paese, dall'altro sul mutamento delle concezioni della dottrina in ordine alla qualificazione degli usi di beni pubblici e dal rapporto di questi ultimi con l'affermazione della nozione di servizio pubblico.

Queste circostanze determinarono un ribaltamento della prospettiva precedente: il bene pubblico era visto non più quale fine da raggiungere, bensì quale scopo per lo svolgimento di una attività, essa stessa ritenuta di pubblico interesse.

Tale concezione confluì anche nella successiva normazione del cod. nav. e nel reg., nei quali la regolazione della concessione di beni demaniali marittimi era diretta tendenzialmente a porre dei limiti all'accesso all'uso del bene, a prescindere dalla tipizzazione di tale uso. Veniva dunque meno il carattere di specificità dell'uso del bene portuale, che, venendo ricondotto alla più generale disciplina delle concessioni di beni demaniali, ne restava annichilito. Parimenti, veniva annullata la specificità dell'istituto della concessione di costruzione e gestione di opere marittime, che veniva, anch'essa, indebitamente ascritta alla categoria disciplinata dal codice della navigazione.

La prassi ed i successivi travolgimenti cui è andato incontro il regime del lavoro portuale e delle operazioni portuali hanno nuovamente mutato la prospettiva, sancendo la definitiva affermazione nel nostro ordinamento

della concessione portuale.

Rispetto alla concessione di beni prevista all'art. 36 cod. nav., è emersa una figura però del tutto originale che, oltre a fungere da perno del rivisitato ordinamento portuale, si contraddistingue per le peculiarità della sua disciplina, che traggono origine proprio dal contesto giuridico in cui essa si è formata.

Nel seguito, ci si dedicherà dunque proprio all'esame degli istituti che hanno concorso alla qualificazione della figura oggetto della presente ricerca.

CAPITOLO II

LE PREMESSE GIURIDICHE PER UNO STUDIO DELLA CONCESSIONE PORTUALE

SOMMARIO: I. Gli istituti che concorrono a definire la concessione portuale. — 2. La qualificazione giuridica dell'ambito di applicazione nella concessione portuale. — 3. La funzione della concessione *ex art. 36 cod. nav.* ed il parallelo frazionamento tra demanio portuale e demanio costiero. — 4. Le finalità perseguite dalle concessioni demaniali marittime nella disciplina attuale. — 5. Il problema della nozione di porto: dalla prospettiva tradizionale alle tesi di rottura. — 6. Le più recenti riflessioni della dottrina sulla nozione di porto: il "porto infrastruttura" ed il "porto azienda". — 7. La concezione europea di porto. — 8. Il porto quale "*essential facility*". — 9. La distinzione tra "porti commerciali" e "porti industriali". — 10. Il rapporto tra concessioni portuali ed operazioni portuali: la decisione del Consiglio di Stato del 31 dicembre 1906 nelle riflessioni della dottrina. — 11. La condizione giuridica delle operazioni portuali nelle ricostruzioni di F.A. Querci e L. Acquarone. — 12. Il rapporto tra la funzione amministrativa delle Autorità marittime ed i concessionari delle aree del porto: le tesi di E. Guicciardi e di F. Benvenuti e la critica di G. Lombardi. — 13. La tesi dell'equivalenza tra bene demaniale e servizio pubblico nelle riflessioni della dottrina e le sue ricadute sulla nozione delle operazioni portuali. — 14. Ancora in tema di operazioni portuali: la prospettiva europea dopo la sentenza CGCE Siderurgica Gabrielli e le considerazioni più recenti della dottrina e della giurisprudenza interna. — 15. Le operazioni portuali quali attività private nel rapporto con il demanio marittimo.

I. Gli istituti che concorrono a definire la concessione portuale.

Nell'esaminare il lungo processo storico che ha portato all'introduzione della concessione portuale nella l. 84/94, si ha avuto modo di rilevare come la creazione di questa figura sia dovuta al sovrapporsi di diversi istituti giuridici¹.

¹ Come si è cercato di evidenziare nel § I, ad avviso di chi scrive, l'introduzione della concessione portuale nell'ordinamento italiano, da un lato, sorge quale risposta ad una esigenza effettiva degli operatori che prima del recepimento sul piano normativo avevano cercato di creare il medesimo risultato sulla base del regime giuridico esistente; dall'altro lato, costituisce l'effetto dell'evoluzione giuridica della discipline relative alla concessioni di beni demaniali marittimi, alle cd. operazioni e servizi portuali (nonché al regime del lavoro portuale) ed alle concessioni di opere marittime.

Lasciando in disparte l'analisi giuridica di quest'ultima figura, di cui in precedenza si è trattato al solo fine di scandirne l'evoluzione normativa nell'ordinamento interno, il presente capitolo sarà dedicato ad esaminare taluni aspetti degli altri due istituti, che, a nostro avviso, assumono particolare rilevanza ai fini della qualificazione della concessione *ex art. 18 della legge portuale*. Si anticipa già che un contributo essenziale ai fini dell'elaborazione della figura che ci occupa è rappresentato dall'evoluzione della concezione del porto, determinante nella scelta delle modalità di regolazione dell'istituto, nonché dalla necessità di definire sotto il profilo urbanistico ed edilizio la ripartizione delle competenze nella gestione delle aree portuali.

E, del resto, che il sostrato su cui essa si è formata sia più complesso di quanto l'apparenza potrebbe indurre a ritenere, è desumibile dalla stessa espressione - “*concessione di aree demaniali e banchine*” - che nel testo della legge la qualifica.

Una più meditata analisi di questa espressione pone, infatti, in evidenza come essa in realtà faccia riferimento, da un lato, all'istituto della concessione², configurandola quale strumento volto alla realizzazione di una determinata attività; dall'altro lato, ad uno spazio giuridico delimitato, entro cui tale istituto viene collocato³.

Uno spazio giuridico che indica, al contempo, una specifica tipologia di bene, in relazione al quale l'attività in questione si realizza: con il risultato che, nello stesso momento in cui la disposizione normativa in esame denomina la figura che ci occupa, ne circoscrive l'ambito nel quale essa opera. Da ciò discende che, per comprendere a fondo la natura dell'istituto disciplinato dall'art. 18 l. 84/94, occorre indugiare nell'esame di ciò che ne delimita la nozione giuridica, a cominciare dall'ambito nel quale esso viene da tale norma collocato.

Si tratta così di indagare il contesto in cui la figura in questione è calata, nella sua duplice forma del bene verso cui essa si rapporta e dell'ambito di riferimento nel quale si svolge.

Occorre, allora, procedere partitamente.

² Per il momento ci si limita a rilevare come l'istituto di cui ci si occupa ricade nella vasta categoria della “concessione amministrativa”: tale circostanza, peraltro, invece di agevolare l'approfondimento, sul piano sistematico, della ricerca lo complica ulteriormente.

È infatti noto che la nozione di «concessione amministrativa» è una delle più controverse del diritto ed, ancor oggi, la dottrina non pare concorde nell'individuare una definizione comune dell'istituto, tanto da dubitare che con tale espressione si possano effettivamente ricomprendere tutte le forme di concessione che l'ordinamento positivo disciplina.

Per quanto qui più interessa ai nostri fini, i profili in discussione della figura più generale che rilevano ai fini della figura della concessione di aree e banchine sono soprattutto due: *a)* la natura provvedimentale o contrattuale della concessione e *b)* la ripartizione della categoria concessoria nelle *species* della concessione di lavori, servizi e di beni.

Si tratta chiaramente di aspetti centrali ai fini della qualificazione della concessione amministrativa e, conseguentemente, tra i più problematici, non è un caso che la produzione dottrinale sul punto sia vastissima. Ci si limita, in questa sede, a richiamare pertanto alcuni tra i contributi principali: F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, voce dell'*Enciclopedia del Diritto*, Annali I, Milano, 2007, 250 - 277; D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, III, 301 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, 1981, dello stesso Autore, vedasi anche *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, vol. VII, Roma 1988.

³ Il rapporto tra bene e spazio giuridico del porto è stato esaminato in particolare da G. FALZEA, *Porto e funzione portuale*, Milano, 1998, 81 ss.

2. La qualificazione giuridica dell'ambito di applicazione nella concessione portuale.

Il primo problema cui ci si raffronta è rappresentato dall'esigenza di qualificare l'ambito spaziale nel quale l'istituto in esame è inserito: il che significa inquadrare sul piano giuridico il bene sul quale la concessione viene rilasciata.

Un rapido esame del testo dell'art. 18 della l. 84/94⁴ consente di rilevare che questo bene si identifica con le "aree demaniali" e le "banchine" comprese nell' "ambito portuale"⁵ e destinate all' "espletamento delle operazioni portuali": si tratta cioè di aree sulle quali il privato destinatario della concessione deve eseguire attività, di carattere privato, benché connesse alle esigenze proprie del porto.

La soluzione adottata dal legislatore sembra dunque riflettere la tradizionale concezione che è stata formulata in relazione ai beni del "demanio marittimo", inteso come il «*complesso di beni destinati a soddisfare gli interessi pubblici riguardanti la navigazione e il traffico marittimo*»⁶. Concezione secondo cui cioè l'elemento che contraddistingue i beni demaniali marittimi attiene più che al loro regime giuridico, alla funzione che su di essi viene impressa.

Ora se tale funzione in passato coincideva con «*la navigazione ed il traffico marittimo, i bagni di mare, la pesca, lo stendaggio di reti, il tiro a secco di navi galleggianti di piccole dimensioni, la collocazione, temporanea, e per uso privato, di tende, ombrelloni, panche, sedie, l'attingere acqua: in sintesi (...), in tutte quelle comodità, rispetto alle quali l'uso del mare è comune a tutti*»⁷, essa è stata successivamente ricalibrata tenendo in considerazione l'acquisizione da parte di tali beni di una loro specifica connotazione economica.

Cosicché, la funzione che contraddistingue i beni del demanio marittimo deve essere estesa, fino a ricomprendere anche quelle modalità di uso di

⁴ Come si vedrà nel § III, in realtà, l'art. 18 l. 84 distingue tra concessione di aree e banchine e concessione di «*realizzazione e la gestione di opere attinenti alle attività marittime e portuali collocate a mare nell'ambito degli specchi acquei esterni alle difese foranee anch'essi da considerarsi a tal fine ambito portuale, purché interessati dal traffico portuale e dalla prestazione dei servizi portuali anche per la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo, come individuati ai sensi dell'articolo 4, comma 3*».

Anche in quest'ultimo caso, la concessione si svolge comunque nell'ambito portuale, con ciò ricadendo dunque nelle medesime considerazioni che si sviluppano nel testo.

⁵ Sul problema della definizione di ambito portuale, che verrà affrontato più approfonditamente nel § III, cfr. in particolare, M. CASANOVA, *Considerazioni sulla demanialità dei porti*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, 2010, 326-327; G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, Milano, 2009, 61.

⁶ F.A. QUERCI, *Il demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano 1964, 92.

⁷ D. GAETA, *Il demanio marittimo*, Milano, 1965, 97.

questi beni, ritenute, in precedenza, secondarie e consistenti negli «usi destinati a soddisfare gli interessi dell'industria, del commercio, del turismo, della balneazione, della fruizione del paesaggio, dell'ambiente e del tempo libero, ossia interessi che, a vario titolo, ma inequivocabilmente, confluiscono nell'interesse pubblico, e che si possono tecnicamente profilare come interessi concorrenti (primari e secondari) da apprezzarsi congiuntamente a determinati interessi pubblici primari, a carattere speciale (i tradizionali "usi pubblici del mare"), che restano la dimensione permanente del demanio marittimo»⁸.

Tale considerazione cosente, al contempo, di giustificare il regime speciale che è stato attribuito ai beni del demanio marittimo, rappresentato dal codice della navigazione e dalle altre leggi speciali (quali, per l'appunto, la stessa l. 84/94) e di marcare le distanze rispetto alla categoria più generale dei beni pubblici⁹.

E ciò, sebbene la finalità che contraddistingue i beni demaniali marittimi venga, in realtà, perseguita avvalendosi delle medesime modalità già indicate con riferimento proprio a questi ultimi¹⁰ e scandite secondo le tre

⁸ M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo*, Padova, 1979, 32.

⁹ Sul piano sistematico, le diverse ricostruzioni dei beni pubblici – soprattutto con riferimento al loro utilizzo – vengono generalmente mutate nell'ambito dei beni demaniali marittimi, come evidenziato da F.A. QUERCI, *Il demanio marittimo*, cit., nonché F.A. QUERCI, *Diritto della Navigazione*, Padova, 1989, 85 ss., con particolare riferimento alle tesi elaborate dal Sandulli e dal Giannini (su cui v. *infra*).

¹⁰ Si è poc'anzi accennato che se per certi versi l'impianto di GUICCIARDI rappresentava un'evoluzione del pensiero giuridico sui beni demaniali, per altri versi, invece, esso recepiva in chiave sistematica, consolidandole, alcune conclusioni già formulate dalla dottrina precedente (nel nostro ordinamento, il primo a teorizzare la tripartizione degli usi dei beni demaniali in questi termini, come noto, fu O. Ranelletti. In realtà, come evidenziato dallo stesso GUICCIARDI, il sistema della tripartizione veniva usato già da altri Autori, quali O. Mayer, Koerner etc., a tale ripartizione si affiancavano poi diverse ricostruzioni, quali quella secondo cui l'uso dei beni poteva essere suddiviso in due forme a sua volta ripartite in altre due categorie, ovvero quella che, criticando le proposte ripartizioni, ricollegava l'uso del bene pubblico al particolare rapporto sussistente tra l'utente ed il titolare del bene demaniale; sul punto, cfr. E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, 262 ss.). Questo discorso vale, in particolare, con riferimento alla nota tripartizione degli usi dei beni demaniali, formulata nel pensiero giuridico antecedente ed ormai consolidata già ai tempi in cui scriveva lo stesso GUICCIARDI.

Secondo tale ricostruzione, l'uso di tali beni poteva essere distinto in «ordinario (o comune)» laddove esso fosse stato «conforme alla generale destinazione del bene, ed è potenzialmente eguale per ogni individuo, indipendentemente da un permesso dell'autorità di polizia e da qualunque atto amministrativo speciale»; «speciale», nel caso in cui l'uso, pur essendo anch'esso conforme alla destinazione del bene, «consiste nella facoltà conferita ad un determinato soggetto di fare qualche cosa di più rispetto al bene, di quello che fa la generalità: facoltà che è costituita in esso di volta in volta da un atto speciale»; infine, «eccezionale», come sopra già evidenziato, allorché l'uso dei beni del demanio, fuoriuscendo dalla normale destinazione, comportava la parziale sottrazione alla destinazione stabilita per loro.

note direzioni generali, consistenti¹¹:

¹¹ F.A. QUERCI, *Demanio marittimo*, cit., 97 ss. La disciplina degli usi dei beni demaniali marittimi si è formata essenzialmente sulla base del pensiero dei giuristi successivi all'avvento della Costituzione italiana.

Il primo contributo di rilievo è venuto dalla riflessione di A.M. SANDULLI sui beni pubblici formulata negli anni '50 del secolo scorso.

Questi, infatti, se in un primo momento aveva accolto la ripartizione degli usi presente nella dottrina precedente, in seguito se ne era distaccato in maniera considerevole: in particolare, ritenendo che i beni pubblici fanno parte di una categoria più ampia – quella dei beni di interesse pubblico – da cui i primi si distinguono per «*avere (al pari degli altri beni di interesse pubblico) la caratteristica della destinazione alla soddisfazione diretta di interessi pubblici, e (in più) quella dell'appartenenza a enti pubblici*» (A.M. SANDULLI, *I beni pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, par. 4).

La riconduzione dei beni pubblici ad un'unica categoria, identificata sotto il profilo della funzione cui essi sono indirizzati, lo ha portato a rilevare che la funzione primaria del bene pubblico può essere realizzata non solo ove utilizzati direttamente dall'ente pubblico proprietario, ma anche a mezzo di apposite concessioni.

Da ciò derivando dunque una riformulazione della teoria degli usi che, in luogo della tradizionale ripartizione, vennero ora suddivisi in: «uso diretto», «uso generale» e «uso particolare», a seconda che fosse direttamente o meno l'amministrazione a servirsi del bene. Allo strumento concessorio veniva quindi attribuito il ruolo di strumento generale di attuazione della destinazione dei beni pubblici, al pari dell'uso che di questi faceva l'amministrazione direttamente.

Se Sandulli giungeva a riconoscere che la concessione di beni pubblici consente comunque di realizzare la funzione primaria del bene, Giannini aggiungeva che le concessioni di beni soddisfano in realtà diverse funzioni del bene e non possono pertanto essere ricondotte ad un'unica tipologia (M.S. GIANNINI, *I Beni pubblici*, Roma, 1963, 117 e M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1993, 77 e ss. con il quale però l'Autore modifica l'approccio di analisi al problema in precedenza adottato).

Da ciò la necessità di operare una distinzione tipologica delle concessioni di beni, distinte in: a) *concessioni di cose* (o di bene in senso proprio), intese come quella «*specie in cui l'oggetto della concessione è il bene inteso quale ambito spaziale dell'attività del concessionario, ossia come cosa*»¹¹; b) *concessioni di produzione* (ai fini della produzione o a fini aziendali), sono invece quelle in cui il bene pubblico è un mezzo di produzione, mentre oggetto della concessione è la produzione medesima; c) *concessioni di bene attrezzato o strumentali rispetto ai servizi*, le quali avevano infine ad oggetto un bene non preso di per sé ma solo in quanto idoneo ad attrezzare un servizio reso al pubblico «*che interessa la stessa amministrazione o che la stessa gestisce*» (M.S. GIANNINI, *I Beni pubblici*, cit., 117. Si tratta di una distinzione accolta anche dalla dottrina più recente: cfr. L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. ROVERSI MONACO - F. G. COCA, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2006, 955 ss.).

Tale distinzione comportava anche una diversa articolazione della disciplina delle concessioni a seconda del tipo oggetto di regolazione, nonché della valutazione del soggetto concessionario. Così mentre le concessioni di produzione erano fatte «*intuitu personae*», in quanto nell'adozione dell'atto l'amministrazione doveva necessariamente tenere in considerazione il fatto che il bene concesso in capo al soggetto terzo era a sua volta produttivo di beni e servizi; nelle concessioni di cose la scelta del concessionario diveniva secondaria, in quanto la qualità del soggetto prescelto veniva ad evidenza solo «*ai fini negativi dell'assunzione del rischio*».

a) nell'ipotesi in cui sia la stessa amministrazione ad utilizzare direttamente ed immediatamente il bene;

b) nella possibilità che l'uso del bene sia attribuito, invece, a tutta la collettività indistintamente, con il che i beni del demanio marittimo possono essere diretti al soddisfacimento non delle esigenze esclusive della Amministrazione, bensì di quelle *«d'indole più generale proprie della stessa collettività che per ciò stesso viene direttamente ammessa al correlativo materiale godimento»*;

c) nel caso in cui i beni non siano né utilizzati direttamente dalla amministrazione, né posti al servizio della collettività, ma siano concessi ad uso dei singoli.

Ora se è vero che la seconda modalità con cui si fa uso dei beni in parola si radica nello stesso carattere di demanialità del bene considerato – cioè, nella intrinseca funzione di soddisfare l'interesse sociale coincidente con i pubblici usi del mare – è in realtà l'ipotesi da ultimo considerata quella più frequente. Ciò perché, oltre a consentire, sul piano pratico, un migliore uso dei beni per raggiungere le suindicate finalità, essa trova il suo fondamento, sul piano sistematico, nel fatto che, pur essendo sottratto il bene pubblico all'uso della collettività, il suo utilizzo da parte del singolo non deve essere incompatibile con la funzione primaria del bene che contraddistingue la qualificazione demaniale.

Inoltre, se tali sono modalità d'uso dei beni pubblici¹², può ritenersi che questa ripartizione possa essere ricondotta, ove si guardi al soggetto cui spetta l'utilizzo del bene, alla distinzione tra uso generale ed uso particolare: laddove, il primo va ad indicare il godimento *«cui tutti vengono indistintamente ammessi, uti cives (navigazione, pesca, ecc.), anche se talora va l'onere della corresponsione del pagamento di una tassa o canone»*, mentre l'uso particolare identifica il godimento cui, su tali beni, sono ammessi *«uti singuli, i destinatari di specifici provvedimenti*

Ulteriore conseguenza era rappresentata dal fatto che mentre queste ultime potevano anche essere cedute, le prime, invece no: dovendo la loro gestione essere necessariamente sottoposta al potere di controllo e di direzione dell'amministrazione.

I successivi orientamenti della dottrina sono stati diretti ad indagare altri aspetti della concessione dei beni pubblici: con ciò apportando un contributo determinante per la comprensione dei problemi sottesi alla materia dei beni pubblici e, in particolare, alla disciplina degli usi (una riflessione organica dell'evoluzione dottrinale sul tema dei beni pubblici si trova nel recente contributo di B. TONOLETTI, *op. cit.*, 2 ss.).

Ciononostante, le riflessioni qui sopra brevemente riferite hanno rappresentato, per la sistematicità della indagine esposta, oltre che per l'autorevolezza degli Autori che le hanno elaborate, un indubbio riferimento nello studio dei beni demaniali marittimi ed, in particolare, per la classificazione degli usi: all'ombra di queste ultime elaborazioni, si è radicato, infatti, l'impianto sistematico esposto nel testo.

¹² Cfr. G. SANTANIELLO, *Evoluzione della legislazione sui beni e sulle opere del demanio marittimo*, in A.M. SANDULLI, *I lavori pubblici*, Vicenza, 1967, 274. La tesi di riferimento è ovviamente quella elaborata da A.M. SANDULLI.

amministrativi di concessione»¹³.

Anche in quest'ultimo caso, lo strumento della concessione può, infatti, ritenersi conforme alle finalità pubblicistiche che caratterizzano i beni demaniali marittimi. E ciò trova conferma nell'art. 36 cod. nav., ove prevede che *«l'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo»*.

La conclusione cui si giunge è dunque che se la concessione portuale ha ad oggetto un bene del demanio marittimo, essa non può porsi in contrasto con le finalità cui tali beni sono destinati, dato che l'art. 36 cod. nav., che costituisce l'unico riferimento in materia di uso dei beni del demanio marittimo, prevede che il loro utilizzo debba essere compatibile con l'esigenze del pubblico uso.

Il che rappresenta un primo passo per la sua configurazione e, nel contempo, l'individuazione di un suo limite.

3. La funzione della concessione ex art. 36 cod. nav. ed il parallelo frazionamento tra demanio portuale e demanio costiero.

3.1. Benché l'elemento di distinzione dei beni del demanio marittimo possa essere individuato nella loro intrinseca destinazione al soddisfacimento dei pubblici usi del mare, l'aspetto che tradizionalmente caratterizzava la loro disciplina consisteva nelle specifiche modalità previste in relazione alla loro gestione, che trovavano, quale principale riferimento normativo, l'art. 30 cod. nav.

Ancora oggi, quest'ultima disposizione attribuisce, infatti, alla sola amministrazione dei trasporti e della navigazione il compito di regolare l'uso dei beni del demanio marittimo e di mantenere con riguardo ad essi l'ordine pubblico¹⁴: così circoscrivendo i soggetti competenti alla gestione dei beni in considerazione.

La previsione è stata però messa in discussione a partire dai primi anni sessanta del secolo scorso.

Allora si era, infatti, sostenuto che l'art. 30 cod. nav. non fosse più in linea con le recenti esigenze di utilizzo di tali beni in relazione ai quali la sfera funzionale della amministrazione marittima non poteva essere più ricondotta alle sole ordinarie funzioni di controllo e di garanzia del bene, ma

¹³ F.A. QUERCI, *Il demanio marittimo*, cit., 98.

¹⁴ Disposizione che ha indotto F.A. QUERCI, *Il demanio marittimo*, cit., 98, ad osservare come ciò che contraddistingue i beni del demanio marittimo attenga al *«carattere di generale esclusività della competenza della autorità marittima nella gestione ed amministrazione del demanio marittimo, segnatamente per quel che attiene alla relativa e specifica regolamentazione delle concessioni»*.

doveva essere necessariamente estesa – pur nel silenzio del legislatore – a funzioni di carattere programmatico e promozionale delle attività dei concessionari¹⁵.

E tale considerazione pareva trovare ulteriore conferma nel fatto che proprio l'inadeguatezza a soddisfare le suddette esigenze da parte della disciplina vigente aveva comportato un mutamento del tradizionale modello di amministrazione - allora fondato sull'attribuzione della gestione del bene "per atti puntuali"¹⁶ - verso un sistema in cui la gestione dei beni del demanio pubblico veniva affidata essenzialmente a privati mediante lo strumento della concessione.

Di fronte a questi problemi, si era peraltro sviluppato in dottrina un dibattito circa l'opportunità di distinguere la disciplina prevista in relazione ai beni del demanio costiero rispetto a quella che regolava i beni del demanio portuale.

Il punto di partenza di questo dibattito scaturiva da una riflessione generale attinente alla situazione del demanio marittimo: si era cioè sostenuto che nel corso del secondo dopoguerra il processo di industrializzazione della società italiana aveva dato luogo ad una progressiva modificazione funzionale di taluni beni demaniali, attribuendo loro carattere strumentale per il soddisfacimento di interessi socio-economici in relazione ai servizi che i beni stessi rendevano o erano idonei a rendere prevalentemente nella forma organizzata dell'impresa¹⁷.

Su tali basi, l'esame dei beni del demanio portuale assumeva però una valenza diversa rispetto a quella presente nell'ambito della classificazione tradizionale dei beni demaniali marittimi, perché enfatizzava l'esistenza di una linea di demarcazione tra beni del demanio portuale e beni del demanio costiero.

¹⁵ Non è dunque un caso che lo stesso F. A. QUERCI, *Diritto della Navigazione*, cit., 110 abbia sostenuto la necessità di un ampliamento «della sfera funzionale della pubblica amministrazione marittima: alle ordinarie funzioni di controllo e di garanzia si assommano – pur nel silenzio del legislatore ed unicamente per mezzo di circolari o altri atti interni – funzioni a carattere programmatico e promozionale delle attività dei concessionari», con ciò stigmatizzando l'assenza di un quadro unitario di riferimento «che coordini fra loro le diverse utilizzazioni al fine di pervenire ad una complessiva e razionale gestione del demanio stesso».

¹⁶ Cfr. F. A. QUERCI, *Diritto della Navigazione*, cit., 112, secondo il quale «in costante evoluzione in vista di nuovi obiettivi di garanzia dell'interesse pubblico, l'atto puntuale, ossia la concessione amministrativa (art. 36, c. nav.) da intervento eccezionale diviene intervento normale e, pur non mutando struttura (poiché resta atto a carattere discrezionale), subisce una modificazione funzionale acquisendo una capacità conformativa sia del «vincolo di destinazione» del bene demaniale (dovendo la pubblica amministrazione marittima disciplinare attraverso il provvedimento gli usi alternativi del bene), sia della posizione giuridica del concessionario, capacità che si somma all'ordinaria potestà costitutiva di quest'ultima posizione».

¹⁷ Cfr. F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo fra passato e futuro*, in *Riv. Dir. nav.*, 1965, I, 154 ss.; dello stesso tenore sono peraltro le riflessioni di G. SANTANIELLO, *op. cit.*, 279.

E ciò condizionava non solo la funzione cui erano destinati i beni riconducibili alle rispettive categorie, ma anche l'approccio dell'uomo ad essi. In questa prospettiva si rilevava cioè che, in linea di principio, mentre i beni del demanio costiero erano utilizzati dall'uomo «*nella sua qualità di persona che incontra il mare e che di esso si giova per fini esclusivamente quali possono essere il diporto, lo svago, la salute ecc.*», nel caso dei beni del demanio portuale, «*l'uomo utilizza i beni demaniali in quanto uomo economico*»: ossia per fini diversi rispetto a quelli perseguiti in relazione agli altri beni¹⁸.

Una differenza era però riscontrabile anche sul piano normativo: mentre l'allora vigente disciplina del demanio portuale, basata essenzialmente su singole leggi che regolavano l'organizzazione degli enti preposti alla gestione dei porti, non sembrava presentare, in realtà, particolari problemi, tanto da consentire di sostenere che «*il sistema che così ne risulta non può dirsi del tutto perfetto, ma è da ritenere che, con modesti ritocchi alla legislazione vigente, soprattutto per quanto attiene ai procedimenti concessivi ed ai controlli sull'utilizzazione dei beni concessi, la situazione possa essere riportata ad un livello soddisfacente*»¹⁹, diverse erano le conclusioni per quanto riguardava i beni del demanio costiero.

Anche questi ultimi, si sosteneva, avevano sviluppato una loro vocazione economica, diretta di fondo a perseguire una finalità turistica, che necessitava un mutamento del corrispondente regime di amministrazione. Tuttavia, la disciplina allora vigente si limitava ad attribuire alla amministrazione un compito di "controllo o di garanzia" di tali beni, ignorandone la funzione "produttiva"²⁰.

Quanto all'ordinamento portuale, la critica principale era rivolta nei confronti della disciplina posta in tema di classificazione dei porti, risalente ancora al t.u. del 1885. Tale disciplina doveva cioè ritenersi certamente superata, dal momento che ignorava una distinzione ormai divenuta centrale nel settore portuale: cioè, quella tra «*porti commerciali*», intesi quali «*porti aperti all'uso di qualunque utente*» e «*porti industriali*, «*ossia zone che, pur dovendo essere ascritte al demanio portuale perché corrispondono a quei criteri di identificazione del bene come sopra si è detto, tuttavia non sono porti aperti*»²¹.

Sulla scorta di tali considerazioni, mentre alcuni autori erano giunti a ritenere già implicita, anche sul piano normativo, la distinzione tra le due categorie in questione²², sostenendo perciò l'esigenza di una radicale

¹⁸ F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo*, cit., 158.

¹⁹ ID., 160.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ ID., 159.

²² Tra tutti, cfr. M.L. CORBINO, *Demanio marittimo e assetto del territorio, attuale regime concessorio e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di Gustavo Romanelli*, Milano, 1997, 377 ss.

riforma del regime vigente, altri invece consideravano ancora possibile distinguere all'interno del cod. nav. una disciplina unitaria ed omogenea, che più che indurre ad un cambiamento del sistema, esigeva piuttosto un suo adeguamento alla realtà²³.

Ad ogni modo, l'esigenza di far fronte alla mutata situazione che riguardava i beni del demanio marittimo non evidenziava solo l'opportunità di introdurre una diversa disciplina per le due categorie del demanio marittimo sopra indicate, ma imponeva la necessità di individuare nuove funzioni da attribuire alle amministrazioni e dunque di determinare a chi spettassero le relative competenze.

A tali esigenze il legislatore cercò di dare una risposta introducendo i già esaminati d.P.R. n. 8/1972 e il d.P.R. n. 616/1977²⁴, con i quali delegava le Regioni all'esercizio delle funzioni amministrative sui beni del demanio marittimo utilizzati per finalità turistiche e ricreative, con esclusione dei porti e delle aree di preminente interesse nazionale in relazione agli interessi della sicurezza dello Stato e alle esigenze della navigazione marittima. In questo modo cioè si recepiva anche sul piano normativo proprio la suindicata distinzione tra demanio costiero e il demanio portuale, secondo il principio della cd. «atipicità del regime giuridico dei singoli beni demaniali marittimi»²⁵.

Benché caratterizzate da una difficile gestazione, che di fatto compromise la loro concreta attuazione²⁶, tali riforme giunsero effettivamente a svuotare

²³ Tra questi, M. CASANOVA, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano, 1986, 52-53 e L. ACQUARONE, *Demanio marittimo e porti*, in *Dir. mar.*, 1983, 82.

²⁴ In tal senso, l'art. 59 dpr n. 616/1977 prevedeva, infatti, che «sono delegate alle regioni le funzioni amministrative sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sulle aree del demanio lacuale e fluviale, quando la utilizzazione prevista abbia finalità turistiche e ricreative. Sono escluse dalla delega le funzioni esercitate dagli organi dello Stato in materia di navigazione marittima, di sicurezza nazionale e di polizia doganale. La delega di cui al comma precedente non si applica ai porti e alle aree di preminente interesse nazionale in relazione agli interessi della sicurezza dello Stato e alle esigenze della navigazione marittima. L'identificazione delle aree predette è effettuata, entro il 31 dicembre 1978, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con i Ministri per la difesa, per la marina mercantile e per le finanze, sentite le regioni interessate. Col medesimo procedimento l'elenco delle aree predette può essere modificato». Inoltre, come evidenziato da F.A. QUERCI, *Diritto della Navigazione*, cit., 115, le due fonti normative «identificano gli interessi pubblici primari e secondari di cui lo Stato e le autonomie sono rispettivi centri di riferimento».

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Basti considerare che il Consiglio di Stato, ancora a distanza di dieci anni dall'emanazione di tale disposizione osservava che «in mancanza del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, relativo all'identificazione dei porti e delle aree di preminente interesse nazionale, in relazione agli interessi della sicurezza dello Stato ed alle esigenze della navigazione marittima, previsto dal secondo comma dell'art. 59 del D.P.R. n. 616 del 1977, ogni competenza relativa al demanio marittimo, lacuale e fluviale, anche se relativa all'utilizzazione per finalità turistiche e ricreative, continua a spettare all'autorità statale; ciò in quanto la delega alle Regioni a statuto ordinario, prevista dal

di contenuti il suindicato principio di esclusiva competenza dell'autorità marittima nella gestione dei beni del demanio marittimo, sancito dall'art. 30 cod. nav., introducendo, in relazione a tali beni, una diversa regolazione delle competenze.

E, nel contempo, recepirono, in parte, anche la distinzione tra demanio portuale e demanio costiero.

3.2. Tali tendenze trovavano apparentemente conferma nelle riforme introdotte negli anni novanta del secolo scorso.

Una più marcata distinzione tra le categorie di cui si discute sembrava, infatti, trarsi dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494, di conversione del dl 5 ottobre 1993, n. 400, recante “*disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime*”, che prevedeva che le concessioni di beni demaniali marittimi potessero essere rilasciate, oltre che per lo svolgimento di servizi pubblici e di servizi e attività portuali e produttive, per una serie di attività, ivi elencate, che integravano sostanzialmente il concetto di uso per finalità turistiche e ricreative del demanio marittimo, già indicato all'art. 59 del dpr n. 616/1977.

La distinzione, espressamente indicata nella l. n. 494/93, tra concessioni rilasciate per lo svolgimento di servizi e attività portuali e le altre tipologie di concessioni pareva dunque segnare ulteriormente la volontà da parte del legislatore di tracciare una linea di demarcazione tra l'ordinamento portuale ed il regime giuridico relativo alla gestione degli altri beni del demanio marittimo. Volontà che veniva apparentemente confermata con l'introduzione della l. 84/94, che prevedeva, per l'ordinamento portuale, una disciplina speciale.

Negli anni successivi, pur confermando la tendenza a sottrarre alle

primo comma dell'indicato art. 59 del D.P.R. n. 616 del 1977, non può ritenersi in concreto operante, fino a quando non sono stati individuati i porti e le aree di preminente interesse nazionale per la sicurezza dello Stato, esclusi dall'ambito di applicazione della delega stessa» (Cons. St., Sez. VI, n. 358 del 2 giugno 1987, Ministero della marina mercantile c. Heusch). Ed, ancora, a quasi vent'anni di distanza, lo stesso Consiglio di Stato rilevava altresì che «ai sensi dell'art. 59 del D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, in materia di concessioni sulle aree demaniali marittime già destinate ad uso turistico, il trasferimento delle relative funzioni è subordinato all'emanazione di un provvedimento individuativo di dette aree; pertanto, in mancanza di detto provvedimento individuativo, la competenza al rilascio di concessioni su tali aree spetta alle capitanerie di porto» (Cons. St., Sez. VI, n. 1201 del 24 ottobre 1995, Tognoli c. Ministero della marina mercantile, su Consiglio di Stato).

Non è del resto un caso che l'art. 6, comma 1 della l. 494/1993 contenesse la previsione secondo cui «*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'articolo 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 articolo 59, applicando i canoni determinati ai sensi dell'articolo 4 del presente decreto*».

autorità marittime la competenza esclusiva nella gestione dei beni del demanio marittimo, il quadro normativo riferito si andava però ulteriormente complicato.

Con il dlgs n. 118/1998, infatti, venivano conferite alle Regioni ed agli Enti locali le funzioni relative al rilascio delle concessioni di beni del demanio marittimo e di zone del demanio territoriale, con limite spaziale di non operatività nei porti e nelle aree di dichiarato interesse nazionale: in particolare, l'art. 105, comma 2, lett. l), del dlgs. n. 112/98 prevedeva il conferimento delle funzioni relative al rilascio di concessioni di beni del demanio della navigazione interna, del demanio marittimo e di zone del mare territoriale per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di fonti di energia, specificando però che tale conferimento non operava nei porti finalizzati alla difesa militare ed alla sicurezza dello Stato, nei porti di rilevanza economica internazionale e nazionale, nonché nelle aree di preminente interesse nazionale individuate con il d.p.c.m. 21 dicembre 1995²⁷. Nel successivo dlgs n. 96/1999 si prevedeva altresì il conferimento generale alle Regioni ed agli Enti locali di tutte le funzioni amministrative attinenti alla gestione dei beni demaniali marittimi e del mare territoriale.

Infine, la legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3, che ha portato alla modifica degli artt. 117 e 118 Cost., inseriva i “porti” tra le materie oggetto di competenza legislativa concorrente, ed attribuendo le funzioni amministrative direttamente ai comuni in virtù del principio di sussidiarietà, introduceva un'ulteriore modifica del quadro complessivo precedentemente in vigore.

Le modifiche intervenute successivamente alla riforma portuale del 1994 inducono a ritenere che alla diversa disciplina tra le due indicate categorie del demanio marittimo, in realtà, non corrisponda né una distinta sfera di competenze amministrative, né una diversa attribuzione del potere legislativo.

Basti, infatti, pensare, sotto il primo profilo, che le funzioni in tema di rilascio delle concessioni relative a beni del demanio marittimo, anche in ambito portuale, deono essere attribuite alla Regioni, le quali sono tenute, a loro volta, a devolverle ai comuni nel rispetto del nuovo art. 118 cost.²⁸. Peraltro, con specifico riferimento all'istituto della concessione portuale, occorre rilevare che, sebbene l'art. 18 l. 84/94 preveda in capo all'autorità marittima o alle singole autorità portuali, ove istituite, il potere di rilasciare questa tipologia di concessioni, deve ritenersi che tale attribuzione non operi

²⁷ Inoltre, la stessa disposizione ha anche stabilito che «nei porti di rilevanza economica regionale ed interregionale il conferimento decorre dal 1° gennaio 2002» (modifica però apportata dall'art. 9, L. 16 marzo 2001, n. 88, già vigente al momento dell'entrata in vigore del D. Lgs. 17 aprile 2001, n. 234).

²⁸ Si veda, sul punto, C. ANGELONE, *Istanza di concessione demaniale marittima e procedimento amministrativo*, in *Dir. mar.*, 2009, 218 ss.

nei porti, o delle specifiche aree portuali, di rilevanza economica regionale e interregionale: ossia, nei «porti di categoria II, classe III» di cui all'art. 4, co. 1, lett. d), della l. 84/94.

Inoltre, neppure sotto il profilo della determinazione dell'ente cui è attribuito il potere di legiferare, sembra potersi dedurre un diverso regime di competenze tra le categorie in esame: dato che all'attribuzione espressa in favore delle Regioni della potestà legislativa concorrente in materia di porti non pare corrispondere una diversa disciplina in relazione agli altri beni del demanio marittimo.

4. Le finalità perseguite dalle concessioni demaniali marittime nella disciplina attuale.

4.1. Queste ultime considerazioni impongono un breve chiarimento circa le finalità che giustificano il rilascio di una concessione sui beni del demanio marittimo.

Come accennato, il regime giuridico previsto in tema di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi è sostanzialmente diverso rispetto a quello esistente fino a qualche anno fa. Prima delle riforme degli anni novanta del secolo scorso, il sistema si fondava, infatti, su una sola disposizione di ordine generale, rappresentata dall'art. 36 cod. nav., seguita da altre previsioni, contenute nello stesso codice o nel relativo regolamento, dirette a regolare alcuni aspetti sostanziali dell'istituto, nonché i profili procedurali connessi al suo rilascio.

Il regime giuridico descritto risultava però tanto insufficiente a regolare la gestione dei beni demaniali marittimi, quanto in evidente controtendenza rispetto alla previgente disciplina prevista nel codice della Marina Mercantile del 1865: tanto che, proprio sotto questo secondo profilo, si era rilevato che *«là dove il codice del 1865 aveva segnato canoni – concisi quanto precisi – per il rilascio delle concessioni (artt. 157-158) e là dove il successivo codice del 1877 aveva non solo delineato una fondamentale tipologia di concessioni, ma ne aveva stabilito un trattamento differenziato, col dare preminente rilievo alle utilizzazioni per uso di cantiere e di altre industrie marittime e con lo stabilire, a tal fine, una «riserva» delle spiagge; la nuova normazione, invece, perde di vista l'esigenza di una precisa graduazione di scopi, e di un correlativo ordine di preferenze, fra le richieste di usi delle aree demaniali»*²⁹.

In questo quadro è stata introdotta la già richiamata l. n. 400/93, la quale, pur essendo formalmente indirizzata a regolare la determinazione dei canoni da corrispondere a seguito del rilascio di concessioni demaniali marittime, in realtà modifica sostanzialmente, sul piano sistematico, la previgente

²⁹ F.A. QUERCI, *Diritto della Navigazione*, cit., 115. Dello stesso avviso, G. SANTANIELLO, *op. cit.*, 274.

disciplina del cod. nav.³⁰.

L'art. 1 della legge 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 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»*³¹.

A ben vedere, si tratta, in realtà, di un elenco di fattispecie alquanto vario e difficilmente inquadrabile sotto un profilo giuridico: basti, infatti, al riguardo considerare che nella citata disposizione sono state incluse tipologie di concessioni dalle finalità più disparate, che vanno dalla gestione di *«esercizi commerciali»*, al *«noleggio di imbarcazioni e natanti in genere»*

³⁰ Come è stato evidenziato, la rilevanza della norma sopra indicata è data talaltro dal fatto che con essa è stata introdotta una *«tipizzazione funzionale delle utilizzazioni dei beni in discorso, tipizzazione da tempo auspicata poiché divenuta indispensabile nella prassi demaniale marittima»*, cfr. E.O. QUERCI, *Le concessioni di beni demaniali marittimi, e la legge 7 agosto 1990, n. 241*, Modena, 1994, 35.

Da segnalare è poi il 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 l. 15 marzo 1997, n. 59 che segna un ulteriore distacco rispetto alla disciplina della concessione rilasciata in ambito portuale prevedendo che *«qualora la concessione ricada nella circoscrizione territoriale di una autorità portuale, è rilasciata dal presidente ai sensi dell'articolo 8, comma 3, lettera h) , della legge 28 gennaio 1994, n. 84, e l'attività istruttoria di competenza dell'autorità marittima è curata dal segretario generale»* (art. 2, comma 3).

³¹ In particolare, la legge comunitaria 2010 (l. n. 217/2011) all'art. 11, comma 6, ha previsto che *«si intendono quali imprese turistico-balneari le attività classificate all'articolo 1, comma 1, lettere b), c), d) ed e), del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, che si svolgono su beni del demanio marittimo, ovvero le attività di stabilimento balneare, anche quando le strutture sono ubicate su beni diversi dal demanio marittimo. Al fine di promuovere il rilancio delle attività turistico-balneari e la tutela della concorrenza, non possono essere poste limitazioni di orario o di attività, diverse da quelle applicate agli altri esercizi ubicati nel territorio comunale, per le attività accessorie degli stabilimenti balneari, quali le attività ludico-ricreative, l'esercizio di bar e ristoranti e gli intrattenimenti musicali e danzanti, nel rispetto delle vigenti norme, prescrizioni e autorizzazioni in materia edilizia, urbanistica, igienico-sanitaria e di inquinamento acustico. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 6, comma 2-quinquies, del decreto-legge 3 agosto 2007, n. 117, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 ottobre 2007, n. 160, le attività di intrattenimento musicale e di svago danzante ivi previste non sono soggette a limitazioni nel numero degli eventi, nelle modalità di espletamento e nell'utilizzo degli apparati tecnici e impiantistici necessari allo svolgimento delle manifestazioni. Per gli eventi di intrattenimento musicale e danzante si applicano i limiti di rumorosità previsti per le attività a carattere temporaneo stabiliti dalle regioni in attuazione della legge 26 ottobre 1995, n. 447»*.

ricomprendendo anche i «*servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo*».

Ciononostante, la suindicata disposizione, ove esaminata attentamente alla luce della disciplina contenuta nella (successiva) l. n. 84/94, appare particolarmente significativa, in quanto introduce specifiche finalità cui può essere destinata una concessione rilasciata in relazione a beni del demanio marittimo, integrando l'art. 36 cod.nav., senza però modificarne la valenza di clausola di ordine generale.

All'art. 36 cod. nav. sembra perciò, attualmente, possibile ricondurre: *a)* le concessioni elencate dall'art. 1, l. n. 400/93; *b)* le concessioni rilasciate per lo svolgimento di servizi pubblici, quali, ad esempio, quelle attinenti allo svolgimento dei servizi di interesse generale indicati dall'art. 6, co. 1, lett. c. l. n. 84/94; *c)* le concessioni rilasciate per il compimento di servizi e attività portuali, tra le quali devono essere ricomprese le concessioni di cui all'art. 18 l. n. 84/94; *d)* le concessioni aventi ad oggetto l'esecuzione di altre attività produttive.

4.2. La l. n. 400/93, pur prevedendo una serie di tipologie di concessioni che possono essere rilasciate sui beni del demanio marittimo, non ne chiarisce però la natura giuridica.

Sembrano perciò ancora attuali, sul punto, le considerazioni esposte in passato dalla dottrina.

Nell'esaminare i possibili usi dei beni demaniali marittimi attribuiti in concessione, ex art. 36 cod. nav., si era cioè rilevato come nell'espressione «*concessione di beni demaniali marittimi*», fosse possibile enucleare tre diverse fattispecie di concessione, ripartite in funzione del procedimento utilizzato per la loro emanazione, o per il loro oggetto: cioè, le «concessioni ordinarie o per atto formale», le «concessioni per licenza» e le «concessioni speciali»³². In particolare, tali forme di concessione presenterebbero questi tratti comuni³³:

a) pur essendo denominate «concessioni di beni», esse in realtà, non avrebbero ad oggetto i beni in sé considerati, bensì particolari utilizzazioni degli stessi³⁴;

b) si configurano quali atti autoritativi «*preordinati da un lato a conservare il carattere funzionale dell'attività amministrativa in questo suo modo di manifestarsi*»; dall'altro lato, «*a giustificare la deroga al principio di uguaglianza che ha luogo con l'attribuzione ad un privato di un*

³² Cfr. § I.

³³ F.A. QUERCI, *Diritto della Navigazione*, cit., 108 e ss. L'Autore, da un lato, riprende la tripartizione generale in ordine alla natura degli usi dei beni pubblici elaborata da Sandulli, mentre, dall'altro lato, richiama la distinzione tra forme di concessione di gianniniana memoria, riproponendola con specifico riferimento alle concessioni demaniali marittime.

³⁴ Con il che, si rilevava «ad essere filologicamente corretti la concessione è sul bene, non del bene», cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, Vol. II, 673.

vantaggio particolare (uso particolare) derivante da un bene pubblico che viene così sottratto all'uso generale»³⁵;

c) hanno carattere costitutivo, in quanto conferiscono ai concessionari la titolarità di situazioni giuridiche soggettive non comprese nella loro sfera giuridica patrimoniale e, nel contempo, riguardano interessi che non possono formare oggetto di autonomia privata, essendo intrinsecamente riservati ai pubblici poteri;

d) sono dirette a disciplinare le destinazioni dei beni demaniali marittimi interessati;

e) sono sempre revocabili con atto discrezionale della amministrazione concedente, ove sopravvengano interessi pubblici, contrari alla loro prosecuzione.

Nello stesso tempo, si è però sostenuto come, in realtà, le forme di concessione di cui si è detto si distinguono tra di loro per la funzione che perseguono.

Avvalendosi delle note partizioni elaborate da M.S. Giannini con riferimento ai diversi usi dei beni pubblici, si è cioè ritenuto che anche le concessioni rilasciate in relazione ai beni del demanio marittimo possano essere ricondotte alle distinte categorie delle: *concessioni di cose* (o di bene in senso proprio), delle *concessioni di produzione (ai fini della produzione o a fini aziendali)*³⁶ e delle cd. *concessioni di bene attrezzato o strumentali rispetto ai servizi*.

In particolare, ricadrebbero nella prima categoria le concessioni di porzioni di spiaggia a proprietari di alberghi siti in prossimità del demanio marittimo per consentire loro l'accesso diretto al mare; mentre sarebbero riconducibili alla seconda categoria, le concessioni di pesca o le quelle per lo sfruttamento del fondo marino; all'ultima categoria sono state invece ricondotte «*le concessioni per l'impianto di magazzini generali di deposito; le concessioni ad imprese cantieristiche di aree costiere per riparazioni e costruzioni navali; le concessioni di tratti di spiaggia per l'impianto di stabilimenti balneari ecc..*».

È opportuno evidenziare come alla categoria delle cd. *concessioni di bene attrezzato o strumentali rispetto ai servizi*, venissero ricondotte, prima della l. 84/94, anche le concessioni alle imprese svolgenti operazioni portuali, rilasciate ai sensi degli artt. 111 cod. nav. e 201 reg. nav. mar.: intese quali concessioni di aree portuali, appositamente attrezzate ai fini dell'esercizio di imbarco e sbarco³⁷.

La riconduzione di quest'ultima fattispecie alla concessione di beni

³⁵ F.A. QUERCI, *Diritto della Navigazione*, cit., 109.

³⁶ M.S. GIANNINI, *I Beni pubblici*, Roma, 1963, 117. Si tratta di una distinzione accolta anche dalla dottrina più recente: cfr. L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. ROVERSI MONACO - F. G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, cit., 955 ss.

³⁷ F.A. QUERCI, *Diritto della Navigazione*, cit., 110.

marittimi appare di notevole rilievo ove si consideri che il cod. nav. ed il reg. nav. mar. si limitavano a regolare l'esercizio da parte delle imprese delle operazioni portuali per conto terzi ed in conto proprio, prevedendo, rispettivamente, il rilascio di una "concessione" o di una "autorizzazione" per lo svolgimento di tali attività, senza però occuparsi della disciplina delle aree su cui tali attività venivano svolte.

In relazione a tale fattispecie, il codice cioè regolava, non tanto la disciplina del bene, bensì le attività che gli operatori portuali svolgevano su quel bene: nonostante ciò, la dottrina giungeva, di fatto, a "colmare una lacuna" della disciplina, riconducendo al *genus* della concessione di beni demaniali marittimi una tipologia di concessioni, a cui il codice non aveva prestato alcuna attenzione.

Quanto sin qui esposto, consente dunque di giungere ad un'ulteriore conclusione: adottando la prospettiva della dottrina tradizionale, la concessione portuale dovrebbe partecipare dei medesimi caratteri che contraddistinguono la concessione di beni demaniali marittimi disciplinata dall'art. 36 cod. nav. secondo un rapporto *species a genus*.

Ad una siffatta conclusione era, infatti, giunta la dottrina già prima dell'introduzione della l. 84/94 e pur in assenza di un riferimento normativo specifico.

Così formulando una soluzione funzionale alla disciplina del codice in relazione alle operazioni portuali: in quanto consentiva di sostenere che, al fine di ottenere l'uso delle aree portuali necessarie per lo svolgimento delle suindicate attività, fosse sufficiente riferirsi, implicitamente, all'istituto previsto dall'art. 36 cod. nav.

E, nel contempo, gettando le basi giuridiche per l'evoluzione dell'istituto poi confluito nella l. n. 84/94.

5. Il problema della nozione di porto: dalla prospettiva tradizionale alle tesi di rottura.

L'esame dell'art. 18 l. n. 84/94 ha consentito di rilevare come l'istituto da essa regolato operi solo in relazione a determinati beni collocati nel cd. ambito portuale.

Questa delimitazione spaziale però dipende non solo dal fatto che la concessione portuale appare intrinsecamente connessa alla figura della concessione di beni demaniali marittimi, ma anche dalla necessità di realizzare le attività per le quali la concessione portuale viene rilasciata: ossia, lo svolgimento dei servizi e delle operazioni portuali, nonché la gestione di altre specifiche attività che possono essere realizzate solo in determinati punti del porto.

Trattandosi di attività che si svolgono all'interno di un porto, ne consegue che la nozione di concessione portuale è influenzata dalla concezione di

porto presente nell'ordinamento.

Ora, com'è noto, quest'ultima corrisponde, attualmente, ancora a quella precedente alla istituzione della Repubblica italiana: essa è, infatti, rimasta ancorata alla classificazione presente nell'art. 822 c.c., il quale si limita a prevedere che «*appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia*»³⁸, nonché dell'art. 28 del codice della navigazione, che, invece, ricomprende il porto tra i beni del demanio marittimo.

Un siffatto inquadramento, che rifletteva la volontà di considerare, sul piano giuridico, il porto alla stregua di una *res*, non è però oggi considerato più soddisfacente³⁹.

Ancor prima dell'introduzione della l. 84/94, la dottrina italiana aveva, infatti, già rilevato che la normativa prevista per gli enti portuali, una volta inquadrato il porto tra i beni del demanio marittimo, aveva dettagliatamente elaborato in capo ad i soggetti gestori, una serie di compiti, in modo tale da indurre a ritenere che il porto, più che come luogo nel quale vengono svolti determinati servizi, potesse esso stesso essere considerato alla stregua di un servizio⁴⁰.

Senonché, esaminando più attentamente la disciplina prevista per i porti dal cod. nav., si concludeva che questa lasciava solo intravedere “uno spunto” per «*una ricostruzione del porto in termini aziendalistici come servizio pubblico o insieme di servizi pubblici*», pur, in realtà, continuando a considerare il porto semplicemente quale bene demaniale o, tutt'al più «*come momento o luogo in cui sono presenti attività imprenditoriali volte alla prestazione di (pubblici) servizi*»⁴¹.

Parzialmente diversa era l'analisi di chi, pur riconoscendo l'insufficienza delle definizioni tradizionali, riteneva comunque possibile ricondurre l'istituto del porto all'ambito della tradizionale ripartizione operata nella materia dei beni pubblici.

Secondo quest'ultima prospettiva, cioè, la contraddittorietà tra la disciplina generale (secondo cui il porto altro non era che un bene) e quella speciale (che, disciplinando l'insieme dei servizi prestati all'utenza portuale, qualificava il porto come servizio) era in realtà solo apparente, poiché essa sarebbe venuta meno laddove il porto fosse configurato quale «bene attrezzato», «*ossia bene gestito dall'autorità marittima in maniera idonea ad offrire all'utenza un complesso di utilità strumentali rispetto all'esercizio della navigazione e del traffico marittimo*»: tanto che, proprio in tal senso, si

³⁸ Elenco, peraltro, non completo, come ha avuto modo di evidenziare F. A. QUERCI, *Il demanio marittimo*, cit., 93.

³⁹ G. PERICU, *Porto (navigazione marittima)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, XXXIV, 424 ss.

⁴⁰ *Id.*, 425.

⁴¹ *Ibidem*.

specificava che «i porti sono dotati di opere ed impianti, che però non rilevano in modo autonomo, ma come momento organizzativo di quella pluralità di servizi pubblici (...) di cui, dal punto di vista funzionale, i porti stessi costituiscono centri di irradiazione»⁴².

Nelle diverse prospettive richiamate, sembrava dunque possibile rinvenire quella stessa difficoltà ad inquadrare sul piano giuridico i porti, che si era già rilevata in precedenza allorché si è esaminata l'evoluzione della loro disciplina. I porti potevano cioè essere ritenuti, talvolta, quali beni demaniali, oggetto di regolazione in quanto produttivi di servizi pubblici e privati, mentre, in altri casi, essi venivano considerati quale “aggregamento di attività”, che, venendo ricondotte ad un unico denominatore, beneficiavano tutte della qualifica di “servizio di interesse pubblico”.

Nello stesso tempo, la dottrina cominciava altresì ad interrogarsi sul significato della riconduzione del porto alla categoria dei beni del demanio marittimo.

La possibilità, configurata dalla disciplina vigente, secondo cui potessero sussistere anche porti essenzialmente contraddistinti dalla presenza di opere artificiali spingeva gli studiosi a svincolare la nozione di porto dalla tradizionale concezione naturalistica, ritenendo più corretto che «il porto quale bene demaniale sia individuabile nel concreto valutando la funzionalizzazione, sotto il profilo economico, alla nave o alla merce dei singoli beni immobili»⁴³.

I porti venivano dunque ascritti alla categoria del demanio marittimo in ragione della loro *funzione*, essendo questa riconducibile alla pubblicità degli usi del mare: cioè dell'elemento che, come visto, contraddistingueva già tutti gli altri beni della stessa categoria in parola.

Tale approccio sembrava trovare ulteriore conferma laddove si esaminava la natura del porto nella prospettiva delle tradizionali categorie del diritto privato in tema di beni ed in relazione al ruolo degli Enti preposti alla gestione dei porti stessi: in quest'ottica si sosteneva cioè che «il porto, quindi, inteso come universalità di beni destinati unitariamente in funzione di una utilità globale, costituisce lo strumento e l'oggetto di una serie di attività-funzioni affidate dalla legge ciascun ente portuale»⁴⁴.

Inoltre, esaminando la materia dei porti attraverso la lente della tradizionale classificazione dei beni pubblici enunciata dalla dottrina, si concludeva che non v'era alcuna ragione intrinseca per cui i porti dovessero appartenere allo Stato, dato che la riserva operata in tal senso dal codice civile sembrava dovuta solo ad una motivazione di natura essenzialmente politico-istituzionale⁴⁵.

⁴² F.A. QUERCI, *Diritto della Navigazione*, cit., 117.

⁴³ G. PERICU, *Porto*, cit., 426.

⁴⁴ G. FALZEA, *Porto e funzione portuale*, cit., 174.

⁴⁵ G. SIRIANNI, *L'ordinamento portuale*, Milano, 1981, 26.

In tal quadro, si rilevava, erano stati registrati episodi nei quali la proprietà dei porti restava sottratta allo Stato.

Un primo esempio era rappresentato dall'organizzazione aziendale dei servizi di linea per traffici modularizzati, per i quali la disciplina del cod. nav. non escludeva che le aree attrezzate non contigue al mare potessero essere «riservate dagli operatori privati a deposito e movimentazioni di merci destinate in modo esclusivo ad un servizio di linea il cui uso sia riferito ad un porto determinato»: con ciò consentendo, senza dubbio, che tali aree fossero sottratte allo Stato.

Un secondo esempio della possibilità che beni realizzati nell'ambito demaniale fossero attribuiti a soggetti diversi dallo Stato si traeva inoltre dall'esame del combinato disposto dell'art. 18 r.d. n. 3095 del 1865 e dell'art. 30 del reg. att., laddove consentivano l'affidamento in concessione della costruzione e gestione di opere portuali, specificando che le opere realizzate sarebbero passate al demanio marittimo solo alla scadenza della concessione⁴⁶.

Pertanto, le riferite circostanze inducevano a ritenere che il criterio di demanialità del porto, inteso quale mera appartenenza allo Stato, potesse essere messo in discussione⁴⁷.

6. Le più recenti riflessioni della dottrina sulla nozione di porto: il "porto infrastruttura" ed il "porto azienda".

Le successive riflessioni operate dalla dottrina si sono spinte a rilevare che la nozione di porto, per come conosciuta dall'ordinamento interno, difficilmente collimerebbe con l'approccio esistente al riguardo sul piano internazionale.

Lo sviluppo del traffico *container* e *ro-ro* ha indotto cioè a ritenere che il porto non potrebbe essere più inteso quale luogo in cui la merce sosta e viene lavorata, essendo invece necessario piuttosto sottolineare la sua natura di infrastruttura del trasporto e snodo logistico, «nel quale il transito delle merci deve avvenire rapidamente», in misura tale da assorbire qualsiasi altra funzione svolta.

In tal quadro, la dottrina più attenta alle esigenze dei trasporti e della navigazione ha rilevato che l'emersione di tali fenomeni porta a qualificare il porto proprio quale "infrastruttura", «la cui gestione è efficiente soltanto nella misura in cui essa consenta di dare celerità alle operazioni portuali, sia per accogliere i traffici in aumento, sia per competere con scali

⁴⁶ Il che, infatti, implicava che, prima, esse sarebbero state da ritenere nella piena disponibilità del concessionario.

⁴⁷ G. SIRIANNI, *L'ordinamento portuale*, cit., 26.

correnti»⁴⁸: con il ché, il porto, da semplice *res*, diverrebbe *locus oeconomicus*, «nel quale cioè vengono svolte attività imprenditoriali, benché soltanto di natura e funzione portuale»⁴⁹.

Inoltre, ad avviso della dottrina in esame, l'evoluzione della concezione di porto avrebbe altresì messo in crisi il modello amministrativo dei porti italiani sancito dal codice della navigazione, «nel quale le diverse attività economiche svolte al loro interno erano rigidamente inquadrare all'interno di schemi monopolistici, di norma meno sensibili alle esigenze di efficienza ed economicità richieste dagli utenti del porto».

La tesi qui riferita, pur rilevando anch'essa l'inadeguatezza della tradizionale concezione del porto, sembra porsi su un piano diverso rispetto alle tesi sopra richiamate: infatti, mentre queste ultime muovono da un ragionamento radicato nelle categorie della dottrina pubblicistica «classica», l'inquadramento dottrinale in questione si svolge piuttosto sulla base di nozioni che appartengono al bagaglio di discipline differenti. E ciò sembra trovare conferma nel fatto che la tesi in discussione non è diretta a contestare tanto la qualificazione tradizionale di porto quale *res*, ovvero quale *locus*, bensì, piuttosto, a rilevare l'insufficienza della stessa disciplina portuale vigente nell'ordinamento interno, laddove rimane ancorata a categorie ritenute superate e non più adeguate alla gestione dei traffici marittimi.

In tal quadro, la qualificazione pubblicistica del porto quale bene demaniale non sembra peraltro comportare ostacoli insormontabili: l'efficienza dei servizi che deve perseguire l'organizzazione e la gestione dei porti implica, infatti, che l'erogatore dei servizi sia un soggetto distinto ed indipendente rispetto agli utenti ma la privatizzazione dei porti, «intesa come esercizio di attività economiche all'interno dei porti stessi, non ha nulla a che vedere con la natura pubblica del porto, né col regime demaniale ad esso relativo»⁵⁰.

Nell'intento di avvicinare la concezione del porto alla realtà delle attività cui ad esso sono ricondotte, si è inoltre riflettuto sulla possibilità di dare un'ulteriore configurazione giuridica al porto⁵¹. In particolare, si è ritenuto che l'abbandono del criterio naturalistico del porto quale bene, in favore del criterio funzionale dei servizi e delle operazioni che al porto sono connesse, potrebbe consentire di ricondurlo alla nozione di complesso di beni organizzati per l'esercizio di un'impresa, usata dall'art. 2555 c.c. per

⁴⁸ S.M. CARBONE – F.MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 5.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Id.*, 18.

⁵¹ Sul punto si veda, in particolare, G. SIRIANNI, *L'ordinamento portuale*, cit. 26, G. FALZEA, *Porto e funzione portuale*, cit., 142 e F. MANGANARO, *Il porto da "bene demaniale" ad "azienda"*, in AA.VV., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione (a cura di A. Police)*, Milano, 2008, 247 ss.

qualificare l'azienda.

Tale prospettiva svilupperebbe cioè le intuizioni di quella dottrina che, pur non ritenendo affatto che il codice della navigazione potesse prestarsi ad interpretazioni diverse da quella tradizionale che vedeva il porto quale mero bene demaniale, già aveva rinvenuto nella stessa disciplina del codice l'esistenza di un "enclave" nel quale il porto pareva configurato come servizio⁵².

Questo spunto di riflessione è stato però avversato da più parti, sebbene con argomentazioni diverse⁵³ e non sembra trovare in dottrina alcuna voce positiva: anche la stessa dottrina che più recentemente ha suggerito questa ricostruzione, si è, infatti, trovata costretta a doverla scartare rilevando le difficoltà oggettive a cui essa sarebbe potuta andare incontro⁵⁴. A dispetto delle istanze manifestate in funzione di un superamento del concetto giuridico di porto quale bene appartenente al demanio, la dottrina ha dunque dovuto prendere atto che, al di fuori di tale nozione, la legislazione vigente non sembra offrire alcun appiglio.

È per tale ragione che, da più parti, si è formulato l'auspicio affinché sia lo stesso legislatore ad intervenire direttamente su tale materia, introducendo una nozione di porto che, senza preconcetti, tenga in considerazione le innumerevoli complessità che la stessa scienza giuridica ha già messo in evidenza⁵⁵.

7. La concezione europea di porto.

I tentativi di qualificazione giuridica del porto formulati dalla dottrina interna hanno trovato nella legislazione vigente un limite al definitivo superamento della tradizionale visione del porto quale mero bene demaniale, sebbene le sopravvenute leggi di settore abbiano sul punto modificato sensibilmente l'impianto del codice.

Di ciò è, infatti, un chiaro esempio la stessa l. n. 84/1994, la quale, pur non introducendo una specifica nozione di porto, limitandosi, sul piano sistematico, a classificare le diverse tipologie di porto esistenti nell'ordinamento, lo configura (e lo disciplina) indubbiamente «non solo

⁵² Ci si riferisce, ovviamente, a G. PERICU, *Porto*, cit., 425 e G. SIRIANNI, *L'ordinamento portuale*, cit., 74 ss.

⁵³ Si vedano sul punto le argomentazioni elaborate da G. SIRIANNI, *L'ordinamento portuale*, cit., 11 ss e le considerazioni di G. FALZEA, *Porto e funzione portuale*, cit., 142 ss. che pur ritenendo -anch'Egli- non percorribile la ricostruzione in questione appare fortemente critico nei confronti delle argomentazioni utilizzate dal Sirianni.

⁵⁴ F. MANGANARO, *Il porto da "bene demaniale" ad "azienda"*, cit., 249.

⁵⁵ G. PERICU, *Porto*, cit., 425 e più recentemente, tra gli altri, G. SIRIANNI, *L'ordinamento portuale*, cit., 11 ss.; S.M. CARBONE – D. MARESCA, *Prospettive di riforma della legislazione in materia portuale*, in *Il Diritto Marittimo*, 2009, Fasc.- IV, pp. 1058 ss.; S.M. CARBONE – F. MUNARI, *La disciplina dei porti*, cit., 2 ss..

quale struttura per l'approdo di navi e la movimentazione delle merci, secondo la risalente e tradizionale configurazione, ma anche quale ambito spaziale funzionale all'allocazione della struttura portuale nella sua complessità operativa»⁵⁶.

Quest'ultimo approccio riflette, tendenzialmente, la diversa concezione che, nella materia di porti, si è più recentemente imposta a livello internazionale: ci si riferisce cioè a quell'impostazione – fatta propria anche dalla Commissione Europea e che si discosta dalle posizioni fin qui riferite – che identifica il porto quale “mercato”, nell'ambito del quale agiscono più soggetti posti in competizione tra di loro⁵⁷.

Così ragionando, il fondamento giuridico del porto risiederebbe cioè nell'esigenza di regolare un ambito segnato dall'attività di una pluralità di imprese, in modo tale che l'obiettivo della regolazione del porto non consisterebbe più nell'organizzare le diverse attività che vi si svolgono, quanto nel «*liberare dai vincoli normativi esistenti, facendovi operare soltanto regole di libertà*»⁵⁸.

Peraltro, la medesima impostazione si ritrova anche nella l. 84/1994, che, sebbene non rechi una definizione di porto, appare conforme proprio alle esigenze manifestate dalle istituzioni europee: circostanza che si coglie, in particolare, allorché si esamini la disciplina prevista dalla legge in tema di regolazione delle operazioni portuali che sembra chiaramente volta a consentire lo svolgimento di tali attività nel modo più competitivo e trasparente possibile.

In tal quadro, ciascun porto viene dunque identificato come un mercato a sé, suddiviso in diversi settori, nel quale il fine del legislatore deve essere quello di «*suggerire o meglio imporre la presenza di una pluralità di imprese in competizione tra loro*»⁵⁹.

Questi settori, a loro volta, costituiscono mercati contigui, che, tradizionalmente si differenziano in funzione del fatto che i servizi svolti siano resi a favore della merce ed inerenti al cd. ciclo portuale, oppure che

⁵⁶ In questi termini si è, infatti, espresso recentemente il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti nella comunicazione del 4 febbraio 2010, inviata (tra gli altri) a tutte le Autorità portuali istituite nel Paese ed avente ad oggetto il «*monitoraggio dello stato delle concessione di aree demaniali marittime e banchine portuali nei porti sede di Autorità portuale*».

⁵⁷ Come noto, infatti, nel testo della proposta di direttiva sull'accesso al mercato dei servizi portuali, del 13 ottobre 2004 «*sea port (in this Directive referred to as port) is an area of land and water made up of such improvement works and equipment as to permit, principally, the reception of ships, their loading and unloading, the storage of goods, the receipt and delivery of these goods by inland transport, the embarkation and disembarkation of passengers*».

⁵⁸ S.M. CARBONE – F. MUNARI, *La disciplina dei porti*, cit., 7 ss. e F. MUNARI, *La trasformazione dei porti da aree demaniali portuali a mercati: amministrazione e gestione delle aree portuali tra sussidiarietà e privatizzazione*, in *Dir. mar.*, 2004, 374.

⁵⁹ S.M. CARBONE – F. MUNARI, *La disciplina dei porti*, cit., 8.

esi siano realizzati in favore della nave, configurando quindi come “ancillari” al fenomeno della navigazione.

(a) In particolare, nella prima categoria vengono annoverati le operazioni portuali: ossia, secondo la formulazione dell’art. 16 l. 84/1994, «*il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito, il movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale, svolti nell’ambito portuale*» sia i «servizi portuali», definiti dalla medesima norma come «*quelli riferiti a prestazioni specialistiche, complementari e accessorie al ciclo delle operazioni portuali. I servizi ammessi sono individuati dalle autorità portuali, o, laddove non istituite, dalle autorità marittime, attraverso una specifica regolamentazione da emanare in conformità dei criteri vincolanti fissati con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione*».

Peraltro tale macro-categoria deve essere suddivisa a seconda che le suindicate attività siano gestite dai cd. terminalisti, cioè da quei soggetti cui è stata attribuita, ai sensi dell’art. 18 della l. 84/94, una concessione portuale, oppure dagli operatori che hanno ottenuto l’autorizzazione allo svolgimento di tali operazioni, pur non essendo beneficiari di una specifica concessione.

(b) I servizi svolti in favore della nave, conosciuti come servizi tecnico-nautici, sono invece costituiti, ex art. 14, co. 1-*bis*, dai «*servizi di pilotaggio, rimorchio, ormeggio e battellaggio*» a cui si affiancano i “servizi di interesse generale” di cui all’art. 6 co. 1, *lett. c)* della l. 84/94, definiti come quei servizi «*non coincidenti né strettamente connessi alle operazioni portuali di cui all’articolo 16, comma 1, individuati con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione, da emanarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge*»⁶⁰.

La giurisprudenza europea in materia portuale e la prassi della Commissione europea, riprese in ciò dall’AGCOM sono, invece, solite distinguere, nella struttura dei mercati delle operazioni e dei servizi portuali, tre tipologie di mercati:

1) il mercato dei cd. «operatori terminalisti», ossia, come sopra visto, dei soggetti che svolgono le operazioni portuali avvalendosi di strutture fisse nonché, eventualmente, di una banchina dedicata cui hanno diritto a goderne in ragione di uno specifico atto concessorio dell’autorità amministrativa marittima;

2) il mercato dei servizi portuali resi a favore dell’operatore terminalista o dell’utente portuale ad opera di imprese espressamente autorizzate per tale fine;

3) il mercato dell’avviamento temporaneo di manodopera portuale, cioè

⁶⁰ ID., 10, il quale evidenzia che, con specifico riguardo a questi ultimi, la nozione di «servizi di interesse generale», cui fa riferimento la legge portuale interna, non sia però conforme alla medesima definizione di derivazione comunitaria che ricomprende anche i servizi tecnico-nautici

di quella “forza lavoro” integrativa delle maestranze delle imprese portuali cui si ricorre in occasione dei “picchi di domanda”, al fine di accelerare il completamento delle operazioni portuali e consentire alla nave di riprendere il prima possibile il proprio tragitto: possibilità disciplinata espressamente dall’art. 21 della l. 84/94⁶¹.

In realtà si è dubitato che la suindicata “tripartizione” dei mercati portuali possa intendersi in modo del tutto rigido: basti pensare al riguardo alla compenetrazione esistente tra terminalisti e soggetti che svolgono le operazioni ed i servizi portuali pur in assenza di una concessione di banchine per rilevare la difficoltà di una distinzione netta dei due «mercati». Ad ogni modo, come detto, nell’ottica del porto-mercato tutte le attività evidenziate darebbero vita ad altrettanto segmenti di mercato posti, all’interno del porto, uno a fianco dell’altro.

Una siffatta concezione, pur essendo in linea di principio condivisa, non è però esente da critiche.

In primo luogo, si è osservato che un’acritica equazione del porto come mercato non terrebbe conto del fatto che, prima di essere un mercato segmentato di operatori, il porto è in primo luogo un’infrastruttura e dunque un’organizzazione che necessita di essere gestita quale *locus oeconomicus* nel quale convergono le attività imprenditoriali sia pure soltanto di natura e funzione portuale⁶². In tal senso, dunque, la *ratio* dell’impostazione europea di perseguire il massimo della concorrenza all’interno dei porti è certamente apprezzabile, ma non sufficiente a fornire un inquadramento giuridico del porto.

Un secondo problema si è posto, invece, con riguardo all’oggetto della regolazione: si è cioè rilevato che, essendo la prospettiva europea ancorata alla necessità che vi sia concorrenza all’*interno dei porti*, essa non terrebbe in adeguata considerazione l’esigenza di salvaguardare una concorrenza *tra porti*. Nell’imporre l’applicazione della medesima disciplina concorsuale a porti di diverse dimensioni e che riflettono realtà sociali ed economiche differenti, il rischio sarebbe cioè di trattare allo stesso modo situazioni difficilmente sovrapponibili: con la conseguenza che a rimetterci sarebbero i porti più “deboli”⁶³.

Ulteriori perplessità sono state manifestate con riferimento alla separazione tra i settori portuali, sopra brevemente riferita: si è, infatti, sostenuto che ciascuno di questi «segmenti» risponde in realtà ad esigenze

⁶¹ G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell’economia*, Milano, 2000, 709.

⁶² Cfr., soprattutto, S.M. CARBONE – F. MUNARI, *La disciplina dei porti*, cit., 5.

⁶³ Il problema della necessità di distinguere tra la *concorrenza nei porti* e la *concorrenza tra i porti* è molto sentito dalla dottrina, si veda al riguardo, soprattutto, S.M. CARBONE – F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia, risultati e prospettive*, in *Il Diritto marittimo*, 1994, 30 ss. e S.M. CARBONE, *Gli L’equilibrio tra Autorità portuale e mercato*, in *dir. traspr.*, 1994, 809, ss.

diverse, «non essendone dunque possibile una *reductio ad unum* né da punto di vista della loro disciplina normativa, né soprattutto, della scelta dei modelli organizzativi che li riguardano»⁶⁴. Per tale ragione, sarebbe auspicabile che le disposizioni poste a regolarli fossero adottate in una prospettiva che, pur rispettosa dei criteri economici, fosse il più possibile vicina alle esigenze proprie di ciascuno di essi.

In altri termini, la prospettiva da ultimo considerata, sebbene consenta di inquadrare il porto evidenziando forse uno degli aspetti che principalmente lo distinguono, rappresenterebbe solo una delle prospettive di analisi possibile.

Con il che, si ha avuto modo di segnalare che la volontà di concentrare tutti gli sforzi per una completa regolazione delle attività del porto, avendo solamente riguardo a detta angolatura, «rischia di comportare alcuni travisamenti»⁶⁵.

8. Il porto quale “essential facility”.

In tal quadro si è posto il problema di qualificare il porto alla stregua di una “infrastruttura essenziale”, al fine di tutelare l’eventuale abuso che la posizione di alcuni operatori portuali potrebbe arrecare nei confronti di altri concorrenti.

Com’è noto, la cd. “*Essential facility Doctrine*”, esaminata sotto diversi profili anche dalla dottrina italiana⁶⁶, è stata elaborata e sviluppata nell’ambito della disciplina statunitense sull’antritrust⁶⁷, al fine di chiarire

⁶⁴ S.M. CARBONE – F. MUNARI, *La disciplina dei porti*, cit., 11.

⁶⁵ ID, 8.

⁶⁶ Tra i contributi più recenti a riguardo, v. S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 2, 365 ss., secondo cui tale dottrina contemplerebbe, in particolare, «una sorta di obbligo a contrarre a contrario per le imprese che godono di una posizione dominante garantita loro dalla disponibilità di determinate infrastrutture il cui utilizzo risulta necessario anche ad altri operatori per la commercializzazione di determinati servizi nel mercato e per preservare il regime di concorrenza (ad es. le compagnie telefoniche). In questo caso ciò che viene formalmente sanzionato è il rifiuto a contrarre che, in taluni settori economici, può esprimere, anziché l'utilizzo lecito ed esclusivo dei diritti di proprietà intellettuale, un abuso di posizione dominante» e S.M. CARBONE, *La privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, 1, 1 ss.

⁶⁷ In tal senso, ad esempio, v. C. BATTISTINI, *Commenti e note liberalizzazioni e concorrenza nella regolamentazione del trasporto ferroviario europeo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, 3, 571, secondo cui «la dottrina delle essential facilities è stata sviluppata inizialmente nell’ambito della prassi antitrust statunitense — generalmente se ne fa risalire l’origine alla decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1912 nel caso *United States vs. Terminal Railroad Association*, causa 224 U.S. 383 (1912) — volta ad accertare se il rifiuto di un’impresa di contrattare con altre l’accesso ai suoi impianti (*refuse to deal*) non determinasse una strategia di monopolizzazione del mercato e non fosse quindi sanzionabile in base alla seconda sezione dello *Sherman Act*. In Europa il «rifiuto di

«special obligations in relation to third party access for operators of railway infrastructure, sports stadiums, power distribution networks, news agencies, ski station etc.»⁶⁸.

In particolare, si è rilevato che i caratteri che contraddistinguono le *essential facilities* dovrebbero essere rinvenuti: nel fatto che esse «(1) consist in infrastructure, or infrastructure combined with services related to them, which are of an auxiliary nature to an economic activity in a related but separated market (...); (2) it is practically or reasonably impossible for any new competitor to duplicate such facilities; (3) such facilities, access to which is necessary in order to compete, are considered essential facilities»⁶⁹.

Su tali basi, la Commissione Europea ha chiarito, in alcune decisioni adottate negli anni novanta del secolo scorso, in quali termini tale dottrina potrebbe essere riferita al settore portuale.

In particolare, la Commissione, nelle celebri decisioni *Stena Sealink*⁷⁰ e *Porto di Rødby*⁷¹, ha definito quale infrastruttura essenziale quella «attrezzatura o infrastruttura alla quale devono avere accesso i concorrenti per poter fornire i propri servizi ai clienti», rilevando come «un'impresa che possieda o gestisca ed utilizzi essa stessa un'installazione essenziale, vale a dire un'installazione o un'infrastruttura senza la quale i suoi concorrenti non possono offrire servizi ai loro clienti e che rifiuti loro l'accesso a detta installazione, commette abuso di posizione dominante. Ne consegue che un'impresa che possieda o gestisca un'installazione portuale essenziale a partire dalla quale fornisca un servizio di trasporto marittimo, non può, senza violare l'articolo 86, rifiutare senza giustificazione obiettiva l'accesso a detta installazione ad un armatore che desideri operare un servizio sullo stesso collegamento marittimo»⁷².

Servendosi della dottrina in esame si è dunque ritenuto possibile arginare i tentativi di operatori che, trovandosi a gestire determinate strutture portuali in una posizione di mercato sostanzialmente monopolistica, potessero impedire ai nuovi operatori interessati a gestire le medesime strutture,

accesso» può essere inquadrato nei casi di abuso di posizione dominante e quindi essere sanzionabile in base all'articolo 102 TFUE (ex art. 82 TCE)».

⁶⁸ E. VAN HOOYDONK, *Legal aspects of port competition*, in M. HUYBRECHTS et al (eds.), *Port Competitiveness, An economic and legal analysis of the factors determining the competitiveness of seaports*, Uitgeverij De Boeck, Antwerp, 2002, 129.

⁶⁹ D. GLASL, *Essential Facilities Doctrine in EC Anti-trust Law: A contribution to the Current Debate*, in *E.C.L.R.*, 1994, 306-308, richiamato anche da E. VAN HOOYDONK, *Legal aspects of port competition*, cit., 129-130.

⁷⁰ Decisione della Commissione Europea del 21 dicembre 1993, n. 94/119/CE, pubblicata in G.U., n. L 15 del 18.1.1994, 8-19

⁷¹ Decisione della Commissione Europea del 21 dicembre 1993, n. 94/119/CE, pubblicata in G.U., n. L 55 del 26 febbraio 1994, 52-57.

⁷² Per un dettagliato esame delle sentenze citate, nonché delle ulteriori sentenze sul punto, si rimanda nuovamente a E. VAN HOOYDONK, *Legal aspects of port competition*, cit., 130 ss.

l'accesso a tale mercato.

È, in realtà, necessario rilevare che i margini di applicazione della teoria delle infrastrutture essenziali al settore portuale appaiono comunque molto ristretti.

Con riguardo alla situazione dei porti italiani, la dottrina ha, infatti, argomentato che «*soprattutto a causa della vicinanza geografica di molti porti italiani (...) la L. n. 84/1994 deve essere interpretata tenendo conto non già della situazione di ogni scalo portuale, ma delle effettive presenze delle imprese portuali autorizzate all'interno di tutti i porti appartenenti al medesimo mercato rilevante*».

A ciò soggiungendo che un siffatto approccio sarebbe rinvenibile nelle stesse decisioni testé menzionate ove la Commissione ha evidenziato che «*la nozione di mercato portuale rilevante deve prendere in considerazione la sostituibilità dei (e pertanto la competizione tra imprese operanti nei) porti situati nelle adiacenze di quello all'interno del quale valutare l'esistenza di condotte rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 82 CE (ora, art. 102 TFUE, ndr)*⁷³».

Approccio che troverebbe d'altra parte conferma anche nelle decisioni più recenti della Commissione⁷⁴.

La difficoltà di riferire la dottrina in esame al settore dei porti si pone altresì in relazione alla questione delle modalità di ripartizione delle aree portuali di uno stesso porto tra operatori che appartengono a mercati portuali diversi (ad esempio, con riguardo alla disciplina nazionale, tra soggetti terminalisti e prestatori dei servizi autorizzati ex art. 16 l. 84/94): in questa ipotesi è stato cioè sostenuto che «*non è pensabile che il diritto antitrust ponga sullo stesso piano competitivo i due soggetti (...), attesi anche gli assai diversi requisiti richiesti dall'ordinamento ai fini della possibilità di qualificarsi come imprese appartenenti al "primo" ovvero al "secondo" dei mercati portuali*»⁷⁵.

Mentre sarebbe più agevolmente applicabile nel caso di concorrenza tra due o più imprese terminaliste in relazione ad una determinata area portuale,

⁷³ S. M. CARBONE – F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno* Milano, 2006, 205. Però in via generale, v. anche E. VAN HOOYDONK, *Legal aspects of port competition*, cit., 130, il quale rileva come, innanzitutto, non tutti i porti possono essere considerati alla stregua di *essential facility*, dato che ad una siffatta conclusione si giunge solo nel caso in cui non vi sia una “*realistic alternative*” circostanza che però non ricorre nell'ipotesi in cui l'operatore possa perseguire le medesime finalità prefissate, mediante l'utilizzo di un altro terminal (anche se a costi più elevati).

⁷⁴ Si veda in tal senso la Decisione della Commissione, del 29 marzo 1994, n. 4/210/CE, pubblicata in G.U., n. L 104 del 23/04/1994 34 – 57 (caso Maritime Container Network) nonché, la Decisione della Commissione, del 3 luglio 2001, n. 2003/625/CE (Caso COMP/JV.55 — Hutchison/RCPM/ECT) pubblicata in G.U., n. L 223 del 05/09/2003, 1 – 31.

⁷⁵ S. M. CARBONE – F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., 247.

ferma restando la necessità che tutte siano già in possesso del previsto atto di concessione.

Le suesposte considerazioni non conducono necessariamente a ritenere priva di rilevanza l'applicazione della dottrina delle *essential facilities* al settore portuale.

Ciò che, infatti, più conta è che, attraverso di essa, è possibile introdurre un freno nei confronti di quelle imprese che, vantando una posizione dominante in un determinato sistema portuale, tendano ad abusarne. Così configurata, tale dottrina appare cioè supportare quella tesi secondo cui è necessaria una regolazione della concorrenza tra operatori non tanto all'interno dei singoli porti, bensì piuttosto tra porti che appartengono ad una medesima area geografica.

Finalità che sembra dunque poter essere perseguita anche grazie al contributo della dottrina delle *essential facilities*.

9. La distinzione tra “porti commerciali” e “porti industriali”.

In parte connessa al problema di determinare una condivisa nozione di porto era, in passato, anche la questione attinente alla distinzione tra “porti commerciali” e “porti industriali”.

Tale questione, sollevata dagli operatori nel corso degli anni sessanta del secolo scorso e ripresa in modo più sistematico da alcuni giuristi, scaturiva essenzialmente dalla necessità di comprendere se potesse essere posto un limite all'operatività della riserva del lavoro portuale prevista dagli artt. 110 e 111 cod. nav.

Si sosteneva cioè che “porti commerciali” e quelli “porti industriali” rappresentavano due realtà ben distinte: in particolare, mentre tra i primi rientravano quei porti essenzialmente creati per assolvere la funzione di empori o mercati e di congiunzione fra trasporti terrestri e marittimi, i porti industriali erano invece rappresentativi di quei porti nei quali le merci consegnate erano destinate ad essere lavorate industrialmente nel porto stesso o nelle sue immediate vicinanze⁷⁶.

Ora, tale distinzione aveva un diretto impatto nell'ordinamento del lavoro portuale, tanto sotto il profilo economico, quanto sotto quello tecnico-organizzativo con riguardo all'espletamento delle operazioni portuali: infatti, mentre nei porti commerciali queste costituivano un'attività di rilevanza centrale e dotata di una propria autonomia, nel caso dei porti industriali, esse rappresentavano solo una fase «più o meno direttamente inserita in un processo di produzione industriale»⁷⁷.

Il diverso impatto dell'espletamento delle operazioni portuali in funzione

⁷⁶ E. GUICCIARDI, *Problemi giuridici attuali dell'attività portuale*, in *Atti del Convegno di Studi sulla produttività dei porti*, Roma, 1962, 50.

⁷⁷ *Ibidem*.

della categoria di porti considerata sarebbe dunque dovuto essere tenuto in considerazione anche sul piano legislativo, attraverso un diverso regime di norme sul tema dell'organizzazione del lavoro portuale adattato alla specifica situazione .

Viceversa, la disciplina vigente non conosceva la riferita distinzione in materia di porti, ma si limitava a prevedere il monopolio delle compagnie nella gestione del lavoro e dunque dell'esecuzione delle operazioni portuali, a prescindere dal tipo di porto interessato.

Il che creava un duplice problema.

Sotto il profilo pratico, tale situazione portava cioè ad un rallentamento dell'organizzazione e dell'esecuzione delle operazioni e dei servizi portuali, nonché ad un innalzamento dei costi, ostacolando così la competitività dei porti italiani rispetto ai porti di altri Stati. E ciò era tanto grave che, proprio per ovviare a questa drammatica conseguenza, si permise in alcuni specifici porti industriali (come ad esempio nel caso del Porto di Marghera) di servirsi del già richiamato istituto dell'autonomia funzionale, allora previsto dall'art. 111 cod. nav., in deroga al tradizionale regime della riserva di lavoro portuale⁷⁸ .

Ma anche sotto il profilo sistematico, la situazione evidenziata sollevava numerose perplessità: in particolare, si riteneva che i porti industriali si distinguessero ulteriormente da quelli commerciali per il fatto che, a differenza di questi ultimi, nei primi le aree e le banchine ricadenti nell'ambito portuale venivano pressoché integralmente affidate in concessione a privati, perdendo di fatto la caratteristica di uso pubblico riconducibile alla loro natura di bene demaniale.

Con il che, ove fosse stata consentita l'applicazione della riserva portuale anche a tali aree, di fatto "private", si sarebbe ingenerata una indebita ed ingiustificata restrizione del mercato, consistente nell'imporre ad imprese private di servirsi esclusivamente di determinati soggetti per svolgere le operazioni portuali sul proprio suolo⁷⁹ .

Il problema della distinzione tra porti commerciali e porti industriali, essendo essenzialmente connessa al problema dell'applicazione della riserva portuale, ha perso rilevanza con il venir meno del monopolio del lavoro

⁷⁸ Come evidenziato in precedenza questo regime, previsto anche all'art. 19 l. 84/94, attribuiva al Ministro della Marina Mercantile il potere di autorizzare una deroga rispetto al monopolio delle compagnie. Peraltro, oltre al caso del porto di Marghera, anche nel porto di Genova, ad esempio, era stata riconosciuta, con decreto del 21 giugno 1952, la facoltà di servirsi di proprio personale per le operazioni portuali alla società "Cornigliano" nell'ambito del molo "Nino Ronco". Sul punto, cfr. G. LOMBARDI, *La disciplina giuridica del lavoro portuale*, Genova, 167 ss. A favore di una applicazione in chiave restrittiva dell'istituto della autonomia funzionale si è pronunciato in particolare F.A. QUERCI, *Lavoro Portuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 497.

⁷⁹ Occorre evidenziare sin da ora che quest'ultima considerazione verrà nuovamente esaminata più avanti allorché si tratterà più nel dettaglio della questione della natura delle operazioni portuali.

portuale delle compagnie.

Ne rimane però ancora una traccia all'art. 4, comma 3, della l. n. 84/94, nel quale si prevede che «*i porti, o le specifiche aree portuali di cui alla categoria II, classi I, II e III, hanno le seguenti funzioni: a) commerciale; b) industriale e petrolifera; c) di servizio passeggeri; d) peschereccia; e) turistica e da diporto*»: sebbene tale distinzione rilevi più sul piano classificatorio, che non in relazione alla disciplina effettivamente applicabile ai porti delle rispettive categorie.

10. Il rapporto tra concessioni portuali ed operazioni portuali: la decisione del Consiglio di Stato del 31 dicembre 1906 nelle riflessioni della dottrina.

10.1. L'art. 18 l. 84/94 presuppone dunque che le attività realizzate attraverso la concessione si svolgano su beni del demanio marittimo ed, in particolare, nell'ambito portuale.

E, nello stesso tempo, la disposizione in questione presuppone altresì che la concessione sia essenzialmente diretta allo svolgimento delle operazioni e dei servizi portuali: con ciò circoscrivendo, oltre che il perimetro spaziale dell'istituto, anche l'ambito di operatività delle attività che il concessionario può svolgere.

Orbene, tale approccio rappresenta non solo una novità rispetto alla disciplina del codice della navigazione, ma, soprattutto, una svolta, sul piano sistematico, nell'approccio del legislatore alla materia delle operazioni portuali.

Come si è, infatti, già rilevato, in vigenza del codice della Marina mercantile, tali attività non trovavano una disciplina specifica, venendo attribuite alla libera iniziativa dei privati. Nei primi anni del secolo scorso, l'approccio alla materia delle operazioni portuali, tuttavia, cambiò: il momento di svolta può essere fatto coincidere con l'istituzione dell'Ente portuale di Genova, avvenuta nel 1903, e con la decisione del Consiglio di Stato del 31 dicembre 1906, con la quale venne considerata legittima l'introduzione del monopolio nelle operazioni di carico e scarico delle merci nel porto assimilandole ad un pubblico servizio.

Tali eventi non segnarono solo la fine di un'era, ma diedero la spinta ad un vivace dibattito dottrinale che rifletteva le più generali riflessioni svolte sul tema dei beni del demanio.

La pronuncia interveniva, infatti, in un contesto nel quale sembrava essere ormai venuta meno la condivisione, da parte della dottrina prevalente, della teoria tradizionale che vedeva la demanialità come destinazione all'uso pubblico: ossia, secondo cui i beni demaniali potevano essere intesi solo quelle «cose» destinate all'uso individuale immediato libero a tutti e

gratuito⁸⁰. Così, non stupisce che nel esaminarla, si scontrassero visioni ormai poste agli antipodi nell'evoluzione del pensiero giuridico sul tema degli usi dei beni demaniali.

Da un lato, si poneva, infatti, la tradizionale visione dei beni demaniali, considerati quali beni in cui l'uso pubblico risultava intrinsecamente incompatibile con il servizio pubblico, in quanto l'utilizzo del bene per l'erogazione del servizio sottraeva il bene stesso alla collettività, facendo venir meno ad esso il carattere demaniale⁸¹. Ciò in realtà, non portava ad una critica radicale delle conclusioni raggiunte dal Consiglio di Stato, bensì solamente a interrogarsi sulla opportunità che le premesse cui il Collegio si era fondato per il proprio giudizio – ossia «*l'idea che la proprietà demaniale delle cose costituenti oggetto della regolamentazione le rendeva capaci di essere assunte dalla Amministrazione come "pubblico servizio"*»⁸² – fossero o meno corrette.

In tale prospettiva, le conclusioni del Supremo Consesso amministrativo erano però condivisibili fintanto che venivano applicate ai beni del patrimonio indisponibile: infatti, se i beni demaniali non potevano formare oggetto di un servizio pubblico, ciò non significava che questo fine non potesse invece essere perseguito attraverso l'uso di altri beni, formanti parte del patrimonio indisponibile del Consorzio gestore del porto, di cui quest'ultimo si serviva.

Alla suindicata prospettazione, si contrapponeva invece quella tesi che riteneva che la tradizionale incompatibilità tra beni del demanio soggetti all'uso pubblico e beni strumentali al servizio pubblico dovesse essere giocoforza rimeditata alla luce dell'evoluzione dell'uso pubblico in servizio pubblico⁸³.

In tal senso, la decisione del Consiglio di Stato legittimava la successiva

⁸⁰ B. TONOLETTI, *op.cit.*, 166. Nella ricostruzione del pensiero giuridico prodottosi sul tema della concessione di beni pubblici, l'Autore evidenzia in particolare come ad una prima fase – identificabile con il periodo post-unitario di fine '800, nella quale la dottrina aveva sostanzialmente negato l'esistenza di qualsiasi forma di concessione di beni pubblici, in quanto concettualmente inammissibile – seguisse, anche sulla scorta della legislazione sopravvenuta del Codice della Navigazione e della Legge sulla derivazione delle acque pubbliche del 1884, una generale ammissione dell'istituto della concessione da parte della dottrina.

Invece, sotto il profilo dottrinale, l'Autore che sostanzialmente rese possibile il salto concettuale della dottrina sul punto fu O. Mayer sulla base delle cui teorie si formò la teorica poi proposta da O. Ranelletti: sul punto si rimanda comunque a B. TONOLETTI, *op.cit.*, 127 ss.

⁸¹ L. RAGGI, *Facoltà regolamentari relativamente all'uso di cose patrimoniali dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 1907, 117 ss., cfr, sul punto anche le argomentazioni sviluppate da F. CAMMEO, in *Giur. it.*, 1907, III, 173.

⁸² L. RAGGI, *Facoltà regolamentari*, 119.

⁸³ E. REDENTI, *Sull'uso generale dei beni demaniali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1908 (A tale tesi rispose lo stesso Raggi con il saggio dal titolo *Servizio pubblico e demanialità*, in *Filangieri*, 1909, 81 e ss.).

emanazione di provvedimenti volti a concentrare negli istituenti singoli Enti gestori dei porti il controllo delle operazioni portuali, facendo venir meno qualsiasi interesse per una generale regolazione degli usi dei beni sui quali tale operazioni venivano svolte.

10.2. Tale situazione si cristallizzava, in seguito, con l'entrata in vigore della disciplina del cod. nav. nel quale, a fianco della generale previsione dello strumento della concessione di beni demaniali marittimi, veniva attentamente regolato lo svolgimento delle operazioni portuali.

Pur tenuta in considerazione l'esistenza delle diverse leggi istitutive degli enti portuali, le due disposizioni di riferimento dell'intera disciplina erano comunque rappresentate dall'art. 111 del codice e dall'art. 201 del relativo regolamento di attuazione.

In particolare, il primo regolava l'esercizio delle operazioni portuali svolto da un'impresa per conto di terzi, prevedendo che l'esercizio da parte di imprese di operazioni portuali per conto di terzi dovesse essere sottoposto a concessione da parte del capo di compartimento, per la navigazione marittima, e del capo dell'ispettorato di porto, per la navigazione interna, secondo le modalità previste nel regolamento. Inoltre, prevedeva, in via tassativa, che l'impresa concessionaria dovesse avvalersi per l'esecuzione delle operazioni portuali, esclusivamente delle maestranze costituite nelle compagnie o nei gruppi.

L'art. 201 del regolamento, invece, disciplinava l'esercizio delle operazioni portuali per conto proprio, stabilendo che i soggetti che si servivano direttamente delle maestranze portuali, nonché dei mezzi d'opera per provvedere alle operazioni portuali per conto proprio dovessero ottenere l'autorizzazione dall'autorità preposta alla disciplina del lavoro portuale. Invece, lo svolgimento abituale di tale attività veniva sottoposto al rilascio da parte dell'autorità di una apposita licenza, nella quale erano stabilite le condizioni di esercizio

Prima dell'entrata in vigore della l. 84/94, la dottrina si era a lungo soffermata nell'esame della disciplina contenuta in queste disposizioni, allo scopo di stabilire quale potesse essere l'effettiva natura delle attività di cui si discute.

11. La condizione giuridica delle operazioni portuali nelle ricostruzioni di F.A. Querci e L. Acquarone.

In particolare, gli autori che più hanno approfondito la questione della condizione giuridica delle operazioni portuali avevano sviluppato le loro considerazioni in due direzioni parallele, pur tra loro indiscutibilmente

connesse⁸⁴.

In primo luogo, essi si erano interrogati proprio sulla natura delle operazioni portuali, domandandosi se queste attività dovessero essere considerate come un “servizio pubblico” - alla stregua di quanto ritenuto, ad esempio, nella sopra riferita decisione del Consiglio di Stato del 1906 - oppure, se esse dovessero essere piuttosto considerate quali attività aventi natura essenzialmente privatistica, quantunque la loro regolazione rivestisse un interesse di carattere di pubblico.

In secondo luogo, la dottrina che hanno esaminato la materia delle operazioni portuali era giunta altresì ad indagare la natura del legame che intercorreva tra le imprese svolgenti tali attività e gli Enti gestori dei porti, attesa la diversa qualificazione che le disposizioni sopra richiamate attribuivano in funzione del fatto che l'impresa svolgesse le operazioni portuali in proprio o in conto terzi.

In tal quadro, benché con riferimento agli aspetti delle imprese portuali interessanti il diritto amministrativo il contributo della dottrina non fosse in precedenza mancato⁸⁵, un ragionato approfondimento di entrambi gli aspetti suindicati è riferibile, soprattutto, al pensiero giuridico di L. Acquarone⁸⁶ e di F. A. Querci⁸⁷.

a) Il primo, aderendo a quella dottrina che aveva sostenuto la cd “teoria soggettivistica e nominalistica del pubblico servizio”, aveva sostenuto che nell'ordinamento giuridico potessero essere rinvenute attività di impresa aventi natura privata, cui doveva però riconoscersi una particolare rilevanza di natura pubblicistica. In tal senso, l'Acquarone, infatti, si dichiarava consapevole del fatto che *«in ordine ai riflessi pubblicistici dell'attività delle imprese portuali non occorrono specifiche dimostrazioni per affermare che l'interesse al regolare ed efficace andamento dei servizi da queste esercitato trascende l'interesse particolare dei singoli operatori*

⁸⁴ Per una ricostruzione teorica completa delle riflessioni dottrinali poste alla base delle diverse concezioni formulate in relazione alle operazioni portuali, cfr. G. TACCOGNA, *op. cit.*, 99 ss.

⁸⁵ Cfr. al riguardo le considerazioni formulate dal G. PESCATORE, *Natura giuridica delle attività delle cosiddette imprese portuali*, in *Riv. dir. nav.*, 1948, II, 160 ss., nonché dal R. RUSSO, *Sulla natura delle imprese di sbarco nei porti*, in *Riv. dir. nav.*, 1942, II, 302 e da N. MERLO, *Sulla distinzione tra autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. dir. Nav.*, 1952, II, 92.

⁸⁶ L. ACQUARONE, *Aspetti pubblicistici della disciplina delle imprese portuali*, in *Riv. dir. nav.*, 1967, I, 3. Dello stesso avviso, G. LOMBARDI, *La disciplina giuridica del lavoro portuale*, 1977 (nella prima versione del 1972, intitolato, in realtà, *La disciplina giuridica delle operazioni portuali di imbarco e sbarco*), Genova, 137. *Contra*, G. PESCATORE, *Natura giuridica delle attività delle cd. «imprese portuali»*, in *riv. dir. Nav.*, 160 ss. e R. RUSSO, *Sulla natura delle imprese di imbarco e sbarco nei porti* in *riv. dir. Nav.*, 302.

⁸⁷ F. A. QUERCI, *Lavoro Portuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 469 ss. e F. A. QUERCI, *Il lavoro Portuale*, Milano, 1972.

economici, che della loro opera devono avvalersi, per investire quello generale della collettività al buon funzionamento dei porti ed alla massima produttività delle loro attrezzature»⁸⁸.

A fronte di tale circostanza, tuttavia, l'Autore non riteneva che questa situazione avrebbe necessariamente determinato per tali attività una perdita della loro natura privatistica.

Né riteneva che fosse sufficiente la presenza di una regolamentazione pubblicistica - volta a predeterminare i programmi di una attività di interesse collettivo svolta da privati stabilendo un controllo sul suo esercizio - affinché la stessa attività potesse perdere qualsiasi collegamento con il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica privata stabilito dall'art. 41 Cost.

Riguardo a tale aspetto, non era condivisibile il più recente orientamento di pensiero riconducibile a U. Pototschnig⁸⁹, in quanto *«l'esistenza di una disciplina pubblicistica, relativa ai programmi di un'attività economica svolta da privati ed ai controlli su di questa esercitabili, non può indurre a ritenere che l'attività soggetta a tale regolamentazione sia estranea al principio di libertà economica dei cittadini e non ne rappresenti una concreta manifestazione»⁹⁰.*

Applicate tali premesse alla questione della determinazione della condizione giuridica delle operazioni portuali, l'Acquarone riteneva perciò che *«la sola circostanza che le imprese portuali svolgono un'attività di rilevante interesse per la collettività e sono sottoposte ad una disciplina pubblicistica non è sufficiente per far affermare che esse esercitano un pubblico servizio in senso proprio. Per arrivare a tale conclusione, occorre infatti, previamente accertare se le operazioni portuali di sbarco, imbarco, deposito e trasbordo delle merci siano state legislativamente riservate all'autorità marittima e se questa, conservandone la titolarità abbia conferito alle imprese unicamente il loro esercizio»⁹¹.*

Nello stesso tempo, lo studioso sottolineava però che l'interesse pubblico sotteso allo svolgimento delle attività in parola consentiva che esse potessero essere sottoposte ad autorizzazione da parte dell'amministrazione, ma non a concessione, *«in quanto il regime concessorio era ritenuto (anche) dall'Acquarone riferibile alle sole attività riservate, come tali estranee alla*

⁸⁸ L. ACQUARONE, *Aspetti pubblicistici*, cit., 7.

⁸⁹ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 87 ss., il quale, come noto, ha sostenuto la cd. teoria oggettiva dei servizi pubblici, in contrapposizione alla dottrina soggettivistica classica. In particolare, Egli sosteneva la possibilità di individuare la nozione di servizio pubblico sulla base dell'art. 43 Cost., laddove prevede che la legge possa riservare originariamente o trasferire allo Stato, ad enti pubblici, a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese, o intere categorie che si riferiscano a servizi pubblici essenziali.

⁹⁰ L. ACQUARONE, *Aspetti pubblicistici*, cit., 26.

⁹¹ ID., 34.

libertà di cui all'art. 41 Cost. e costituenti servizio pubblico in senso oggettivo»⁹².

Con la conseguenza che le attività svolte secondo la disciplina prevista dall'art. 111 cod. nav. dovevano ritenersi sottoposte in un regime di autorizzazione (e non di concessione come recitava la norma), dovendo essere annoverate nella categoria dei servizi pubblici impropri. Ed alla medesima conclusione doveva altresì giungersi con riguardo al regime previsto dall'art. 201 reg. nav mar.

Dunque, questo regime di autorizzazione permetteva al legislatore, in ragione delle finalità pubblicistiche interessate dalle operazioni portuali, di ottenere un duplice risultato: ossia, per un verso, legittimava l'introduzione di una selezione all'accesso al mercato delle imprese svolgenti le suindicate attività; per altro verso, invece, consentiva all'amministrazione marittima, nella gestione del rapporto con le imprese portuali, di imporre a queste ultime il proprio potere di indirizzo, affinché, pur garantendo al privato la possibilità di perseguire il proprio interesse individuale, l'attività fosse svolta ai fini dell'interesse collettivo.

In definitiva, l'Acquarone giungeva a ritenere che le operazioni portuali dovessero essere qualificate quali *attività private*, ai sensi dell'art. 41 Cost. e che, nonostante la diversa formulazione normativa, che il loro esercizio fossero soggetto da parte dell'Amministrazione marittima ad autorizzazione (ma non a concessione) in ragione degli interessi pubblici in esse riscontrabili⁹³.

b) Del tutto divergenti rispetto a quelle espone dall'Acquarone, erano invece le considerazioni formulate a riguardo dal Querci, in ciò, influenzate dal fatto che diametralmente opposti erano i presupposti giuridici stessi che ne ispiravano la ricerca.

Il Querci, infatti, non solo condivideva le conclusioni espone da U. Pototschnig sulla determinazione dei criteri di distinzione dei servizi pubblici, ma le riteneva altresì riferibili alle operazioni portuali, ravvisando nella disciplina prevista in questa materia gli stessi presupposti necessari per la determinazione di un'attività quale servizio pubblico, proprio alla stregua

⁹² Cfr. G. TACCOGNA, *op. cit.*, 177.

⁹³ È peraltro interessante notare che lo stesso L. ACQUARONE, *Aspetti pubblicistici*, cit., 41. circoscriveva l'oggetto della propria analisi ai soli atti «*normativamente definiti quali concessioni o licenze, che tendono a consentire l'esplicazione dei servizi di sbarco, imbarco, deposito e trasbordo delle merci, intesi unitamente sotto il loro profilo di prestazione di attività*». A ciò aggiungendo che «*è chiaro infatti che allorché alle imprese venga concesso, oltre alla possibilità di svolgere i ricordati servizi anche l'uso di beni demaniali, quali calate, banchine, capannoni e magazzini, coesistono allora unitamente agli atti, ai quali è riservata l'indagine, anche vere e proprie concessioni traslative. Il loro contenuto, peraltro, è limitato alla disposizione di dare in uso un bene demaniale, come tale rientrante nella sfera esclusiva dell'Amministrazione, e non riguarda il servizio, soggetto, a sua volta, a diversa manifestazione di consenso*».

della teoria generale elaborata dal Pototschnig.

Occorre precisare che, in realtà, la ricerca condotta dal Querci non consisteva nell'indagare direttamente la condizione giuridica delle operazioni portuali, bensì perseguiva l'obiettivo di esaminare i caratteri principali della disciplina del lavoro portuale, verificando soprattutto se fosse giustificata la previsione contenuta nel codice della navigazione che riservava alle sole compagnie portuali di esercitare le operazioni portuali in regime di monopolio.

In tal senso, l'Autore rilevava che il lavoro portuale doveva essere qualificato quale attività economica, funzionale, in forza dell'art. 110 cod. nav. alla realizzazione delle operazioni elencate al precedente art. 108 dello stesso codice.

Le compagnie portuali erano dunque imprese ed in quanto tali la loro attività, al fine di discernere se si trattasse o meno di un pubblico servizio, poteva essere esaminata alla stregua dei criteri indicati dal Pototschnig.

In particolare, ad avviso del Querci, questa attività era oggetto di una disposizione normativa – ossia, l'art. 110 cod. nav.⁹⁴ – diretta, in un preciso quadro di indirizzo e coordinamento, al conseguimento dei fini sociali coincidenti con il perseguimento della migliore «*organizzazione economica, politica e sociale del Paese e, in ultima analisi, della possibilità, per ciascun individuo, di partecipare ai rapporti economici*»⁹⁵. In tale prospettiva, il lavoro portuale doveva essere ricondotto all'art. 43 Cost., quale «*fattispecie unitaria di servizio pubblico essenziale*», potendo la sua regolazione essere così sottratta al regime di mercato⁹⁶.

Inquadrate, sul piano giuridico, il lavoro portuale, il Querci si volgeva ad esaminare, col medesimo approccio, l'attività esercitata dalle imprese portuali. Nel far ciò, la sua analisi partiva dalla funzione di tali imprese, consistente nel ridurre i tempi di sosta delle navi negli scali e di accelerare quanto possibili l'espletamento di tutte le operazioni necessarie per far

⁹⁴ Il quale prevedeva, in particolare, che «*le maestranze addette alle operazioni portuali sono costituite in compagnie o in gruppi, soggetti alla vigilanza dell'autorità preposta alla disciplina del lavoro portuale. Le compagnie hanno personalità giuridica. Alla costituzione, fusione o soppressione delle compagnie e dei gruppi provvedono, per la navigazione marittima, il direttore marittimo e, per la navigazione interna, il direttore dell'ispettorato compartimentale, secondo le norme del regolamento. Il regolamento stabilisce altresì le norme per il funzionamento delle compagnie e dei gruppi e determina, per i casi di fusione o di soppressione, le modalità relative alla valutazione e devoluzione dei beni costituenti il patrimonio delle compagnie*».

⁹⁵ G. TACCOGNA, *op. cit.*, 217.

⁹⁶ Com'è stato rilevato dallo stesso G. TACCOGNA, *op. cit.*, 220, tale prospettiva si scontrava però con l'istituto dell'autonomia funzionale previsto dall'art. 110, co. 5, cod. nav., in quanto quest'ultimo consentiva lo svolgimento delle operazioni portuali al di fuori del regime di riserva non essendo così possibile «*imbrigliarlo nei programmi di settore ed indirizzarlo ai superiori fini sociali che, nell'adottata prospettiva dogmatica, avrebbero dovuto sempre essere perseguiti*».

ripartire l'imbarcazione: in tal quadro, dunque, l'attività delle imprese portuali si configurava strumentale rispetto alle finalità dell'equilibrato andamento e sviluppo dei traffici marittimi, che andava ben oltre i fini perseguiti dai singoli operatori.

Qualificandosi, alla stregua di quanto sostenuto per il lavoro portuale, quale pubblico servizio.

Dunque, questa concezione si discostava integralmente dalla teoria dell'Acquarone anche sotto il profilo della qualificazione del rapporto che legava le imprese portuali all'amministrazione marittima: dato che, laddove l'Acquarone riconduceva tale rapporto al solo istituto dell'autorizzazione amministrativa, il Querci lo ascriveva pienamente al *genus* della concessione amministrativa.

Una figura che, come riteneva il Pototschnig, non doveva però essere considerata alla stregua di un meccanismo diretto alla sostituzione dell'amministrazione nello svolgimento di determinati incarichi imprenditoriali, bensì, come uno strumento giuridico che consente di vincolare il concessionario ad operare secondo il programma del servizio stabilito dalla stessa amministrazione⁹⁷.

La concezione qui esposta trovava tuttavia un ostacolo nella stessa disciplina vigente, ove si prevedeva, all'art. 201 reg. nav. mar., che l'impresa stessa fosse autorizzata a svolgere operazioni portuali per conto proprio. In tal caso, infatti, non era possibile individuare nella legge alcun tipo di determinazione di programmi e controlli, previsti, invece, nel caso delle operazioni svolte per conto terzi; né, ad avviso dello stesso Querci, era del resto possibile apporre tale vincolo in via legislativa: a ciò ostando lo stesso art. 41, co. 3 Cost.

Ne discendeva che tale disposizione difficilmente poteva ritenersi legittima, contrastando con il disegno unitario previsto dal legislatore nel codice a regolazione della materia.

12. Il rapporto tra la funzione amministrativa delle Autorità marittime ed i concessionari delle aree del porto: le tesi di E. Guicciardi e di F. Benvenuti e la critica di G. Lombardi.

12.1. La questione della natura giuridica delle operazioni portuali veniva esaminata anche da E. Guicciardi, il quale, pur muovendo da premesse analoghe a quelle sopra esaminate, giungeva però a conclusioni del tutto divergenti⁹⁸.

Sosteneva cioè il Guicciardi che l'introduzione della riserva a favore delle compagnie portuali, prevista dall'art. 110 cod. nav., non rappresentava

⁹⁷ G. TACCOGNA, *op. cit.*, 222.

⁹⁸ Cfr. E. GUICCIARDI, *Problemi giuridici attuali dell'attività portuale*, in *Atti del Convegno di Studi sulla produttività dei porti*, Roma, 1962 44 ss.

direttamente lo scopo perseguito dal legislatore, bensì «*la mera conseguenza delle limitazioni e dei divieti che, per un fine di interesse, anzi di ordine pubblico, il legislatore medesimo ha ritenuto di dover imporre ad altre categorie di soggetti*», da ciò conseguendo che «*per determinare il limite fino al quale può giungere il «monopolio delle Compagnie», si dovrà accertare quale è il limite oltre il quale non può esplicarsi la libertà delle imprese*»⁹⁹.

Il primo e principale limite che incontrava la riserva di lavoro portuale era di tipo spaziale: la riserva poteva cioè operare solo ed esclusivamente all'interno del porto.

In tal senso, si rilevava che «*agli effetti della determinazione spaziale della riserva a favore delle Compagnie, il legislatore non ha indicato i porti come tali, sibbene i porti ed altri beni in quanto facenti parte del demanio pubblico marittimo, come luoghi in cui si svolgono le operazioni (...) che il legislatore medesimo, d'altro canto, disciplina come prestazione di un «servizio di carattere pubblico»*».

Con il che, si aggiungeva, «*il divieto fatto alle imprese di provvedere altrimenti per l'esecuzione delle operazioni portuali di loro interesse è stato introdotto in funzione dell'intendimento del legislatore di organizzare quelle operazioni come un servizio pubblico che si svolge, con carattere di privativa, entro l'ambito del demanio pubblico; e che fra il carattere «pubblico» del servizio e quello dei beni sui quali esso si svolge esiste una relazione logica e necessaria, poiché il servizio pubblico presuppone una pluralità di utenti, quale appunto si ha per i beni del demanio marittimo destinati all'uso pubblico*»¹⁰⁰.

La conseguenza più significativa di tale considerazione si palesava ove si considerava la situazione dei cd. porti industriali: cioè di quei porti che si contraddistinguevano per il fatto che l'uso delle aree corrispondenti veniva in gran parte riservato alle imprese industriali.

In relazione ad essi, il Guicciardi giungeva, infatti, a sostenere che con l'atto con il quale certe zone di demanio venivano sottratte all'uso pubblico e si autorizzavano i privati a costruire ed esercire degli impianti industriali, fin da quel momento, in cui c'era una abdicazione dell'uso pubblico del demanio, sarebbe venuta meno la funzione pubblica e quindi la disponibilità per tutti di queste aree.

E pertanto, poiché le compagnie portuali godevano dell'esclusiva sulle prestazioni previste dall'art. 108 cod. nav., in rapporto ad una esigenza di pubblico interesse o meglio ad una funzione pubblica, proprio nel momento in cui questa funzione pubblica non veniva più esercitata, perché quella determinata zona demaniale era sottratta all'uso pubblico, allora in questo momento automaticamente sarebbe “caduto” il motivo sul quale si fondava

⁹⁹ ID., 49.

¹⁰⁰ ID., 52.

l'esclusiva delle compagnie portuali.

In questi termini, la natura di servizio pubblico attribuita alle operazioni portuali aveva dunque un fondamento fintanto che esse si svolgevano su beni del demanio marittimo non concessi, mentre, allorché questi ultimi venivano attribuiti in concessione a privati, anche tali attività perdevano la loro valenza pubblicistica.

12.2. Al medesimo ordine di idee si riallacciava anche la riflessione di F. Benvenuti¹⁰¹.

L'oggetto dell'indagine era rappresentato, nuovamente, dall'attribuzione del diritto di esclusiva a favore delle compagnie portuali nelle aree demaniali del porto date in concessione: in ciò coincidendo, dunque, con l'analisi condotta dal F. A. Querci e posta dallo stesso alla base della propria teoria sulla natura delle operazioni portuali.

Ad avviso del Benvenuti, non era certamente revocabile in dubbio che nel cod. nav. gli uffici del lavoro portuale avessero la competenza di disciplinare le operazioni portuali. Una tale disciplina era, del resto, da considerarsi assolutamente naturale, dato che atteneva al funzionamento del porto: infatti, era la sua stessa natura di bene demaniale ossia, di «*bene amministrato da una pubblica autorità*»¹⁰² ed aperto all'uso pubblico, a giustificare la disciplina pubblicistica. E, visto che le operazioni portuali si configuravano quale funzione pubblica del porto, la loro gestione non poteva che spettare agli uffici del lavoro portuale.

Tutto ciò aveva però un'altra conseguenza: il funzionamento delle zone concesse ai privati ad uso industriale doveva essere sottratto alla funzione pubblica del porto, in quanto esso era diretto alla «*soddisfazione di un interesse privato riconosciuto amministrabile e concomitante con l'interesse pubblico*»¹⁰³.

Il presupposto di tale ragionamento era, dunque, rappresentato dal fatto che, benché il porto dovesse servire ad un pubblico interesse, potevano comunque essere riconosciuti interessi particolari il cui soddisfacimento era idoneo ugualmente a servire all'interesse generale: da ciò la previsione della legge di sottrarre spazi all'uso pubblico per destinarli all'uso privato. La

¹⁰¹ F. BENVENUTI, *Ordinamento giuridico dei porti industriali*, in *Mondo economico*, XIX, 1964, 22, 223 ss, ora in *Scritti*, III, Milano, 2006, 2317 ss. Ed analogamente su tali posizioni si poneva anche JACCARINO *Atti del Convegno di studi sulla funzione economica dei porti, con particolare riguardo a quelli industriali*, Roma, 1964, 60 ss., secondo cui mentre nei porti commerciali – aperti ad ogni genere di traffico – potrebbe essere ammesso un controllo pubblico delle operazioni portuali, diversamente dovrebbe concludersi per i porti industriali, nei quali le imprese concessionarie non svolgerebbero in realtà un servizio in favore del pubblico, bensì un'attività di interesse pubblico, realizzata solo nei confronti di soggetti ben determinati.

¹⁰² *Id.*, 2331

¹⁰³ *Ibidem.*

concessione di tali spazi, trattandosi di parti del bene demaniale porto, si configurava quale concessione di bene demaniali così da essere operata ai sensi degli artt. 36 e 37 cod. nav.

Nelle aree concesse, dunque, i soggetti privati avevano un diritto di esclusiva, potendo gestire le operazioni portuali *«nel loro proprio ed esclusivo interesse provvedendo a tutto ciò che sia necessario per la soddisfazione di quello interesse senza che l'Amministrazione portuale possa intervenire dal momento che il coordinamento delle attività e la loro subordinazione all'interesse pubblico sono state valutate e decise nel momento in cui si è assentita la concessione»*¹⁰⁴.

Ma se nelle aree attribuite in concessione veniva meno il funzionamento del porto, lì non v'era luogo per le competenze dell'ufficio del lavoro portuale, su cui, di conseguenza, veniva meno anche il diritto di esclusiva a favore della compagnia portuale.

In tal senso, si riteneva che *«là dove vi è una zona concessa ad un soggetto privato non vi è luogo alla applicazione dell'art. 110 del Codice della navigazione neanche sotto forma dell'affievolimento del diritto ad opera di un provvedimento del Ministero della Marina mercantile»*; in queste zone, infatti, *«il diritto di esclusiva non ha più ragione di essere, come non ha ragione di essere tutta la rimanente organizzazione amministrativa di gestione commerciale del porto»*¹⁰⁵.

L'approccio originale alla problematica metteva in luce la duplice problematica sottesa alla gestione delle operazioni portuali all'interno dei porti industriali.

Tale approccio rilevava cioè, nel contempo, la necessaria ascrizione di tali operazioni alle compagnie portuali, in quanto attività svolte in un contesto demaniale, nonché la contraddizione nel voler ricondurle alla mano pubblica anche laddove le operazioni portuali fossero state eseguite su aree portuali date in concessione ai privati.

12.3. Nei confronti di questa posizione, si dimostrava particolarmente critico F.A. Querci.

Secondo quest'ultimo, il diritto di esclusiva riconosciuto alle compagnie (ed il carattere pubblicistico delle operazioni portuali) non si poteva, infatti, fondare sul fatto che essere erano ordinate alla soddisfazione di un pubblico interesse (come riteneva F. Benvenuti), ma integrava un tipo di riserva operativa ex art. 43 Cost. *«che involge sia la titolarità sia la gestione stessa di questa attività imprenditoriale»*, con il che *«in forza di siffatta riserva altri soggetti non possono esercitare, nemmeno a titolo di autorizzazione (di concessione o di dispensa), l'attività imprenditoriale attribuita e riservata*

¹⁰⁴ ID., 2330.

¹⁰⁵ ID., 2332.

*alle comunità organizzate di lavoratori*¹⁰⁶.

Perciò, la finalità pubblicistica che giustificava la riserva del lavoro portuale non poteva venir meno ove il luogo in cui tali operazioni si svolgevano veniva concesso ad un privato, dato che il loro carattere pubblicistico era ad esse intrinseco.

La tesi sostenuta dal Benvenuti e dal Guicciardi veniva espressamente avversata anche da G. Lombardi, sebbene con motivazioni diverse rispetto a quelle espresse dal Querci¹⁰⁷.

Occorre rammentare che, nell'elaborare le proprie considerazioni, il Benvenuti aveva in mente la realtà dei porti industriali, i quali erano essenzialmente organizzati, sotto il profilo funzionale, in aree previste interamente in concessione a privati per l'espletamento di operazioni portuali e di lavorazioni delle merci.

E proprio da questo aspetto muoveva la propria critica il Lombardi: quest'ultimo cioè, pur riconoscendo che il cod. nav. aveva completamente ignorato il concetto di porto industriale, rifiutava la tesi per cui a tale tipologia di porti la disciplina della riserva di lavoro portuale non dovesse applicarsi. Ad avviso del Lombardi, il codice, forniva, infatti, una disciplina generale, valida indistintamente per ciascuna tipologia di porto: con il che non era possibile scinderne l'applicazione, a seconda della categoria di porto in esame.

Inoltre, aggiungeva lo studioso, la distinzione tra le tipologie in esame, pur essendo prospettabile sul piano economico, non sarebbe potuta servire sul piano giuridico *«per sottrarre al servizio del lavoro portuale porti o zone portuali che, mediante concessioni, possono essere riservati nell'uso a determinate imprese industriali»*, cioè, perché *«non esiste una necessaria relazione tra servizio pubblico e demanialità del luogo in cui esso si svolge. Il servizio pubblico portuale si esplica nei confronti degli utenti, ancorché essi godano di una posizione particolare derivante dall'esser titolari, per concessione, di un diritto d'uso di una banchina»*¹⁰⁸.

¹⁰⁶ F.A. QUERCI, *Lavoro Portuale*, cit., 499.

¹⁰⁷ Cfr. G. LOMBARDI, *op. cit.*, 82, quest'ultimo, infatti, aderiva espressamente a quella parte della dottrina (rappresentata da L. Acquarone), secondo cui le operazioni portuali dovevano essere intese alla stregua di attività private, benché soggette ad autorizzazione dell'amministrazione in ragione degli interessi pubblici coinvolti.

E' peraltro interessante rilevare come il Lombardi ritenesse che la disciplina delle operazioni in questione, in quanto "portuali", fosse da circoscrivere al solo porto: con la conseguenza che le operazioni di carico, scarico, movimentazione delle merci ecc.. svolte al di fuori dei porti dovessero essere devolute interamente ai privati, senza che la riserva a favore delle compagnie portuali potesse trovarvi spazio. Intesa in senso lato questa prospettiva porta dunque a ritenere come la disciplina dei porti – ed in particolari delle operazioni portuali – sia soggetta ad un regime diverso rispetto alle medesime attività svolte oltre l'ambito portuale. A ben vedere, dunque, tale prospettiva è la medesima che ha avuto il legislatore nel disciplinare tale fattispecie con la l. 84/94.

¹⁰⁸ G. LOMBARDI, *op. cit.*, 140.

Insomma, ad opinione del Lombardi, la ragione della disciplina pubblicistica del lavoro portuale non doveva essere ricercata nella demanialità del bene su cui esso si svolgeva, bensì in un interesse generale diverso, «*che si riallaccia alla natura e alla funzione della nave e per il quale il porto rappresenta il punto di contatto fra la nave e il territorio nazionale e l'interesse dominante è quello del rapido, controllato ed organico svolgimento del traffico marittimo*».

Con ciò concludendo che «*il servizio portuale non cessa quando vi sia una concessione demaniale a favore di singoli utenti*»¹⁰⁹.

Dunque, il fine pubblico sotteso alla stessa esistenza dei porti non poteva identificarsi nel fatto che si trattasse di un bene demaniale, bensì che questo era funzionale alla realizzazione dei traffici marittimi¹¹⁰.

13. La tesi dell'equivalenza tra bene demaniale e servizio pubblico nelle riflessioni della dottrina e le sue ricadute sulla nozione di operazione portuale.

Le considerazioni esposte dal Lombardi sembravano porsi in logica sequenza rispetto alle conclusioni raggiunte da quell'indirizzo della dottrina interna secondo cui il porto, al di là della propria natura precipua di bene demaniale, poteva essere considerato quale espressione di un pubblico servizio¹¹¹.

In questa prospettiva, se il porto veniva cioè qualificato come il luogo in cui si realizzavano determinate attività volte al soddisfacimento di un interesse pubblico, ne discendeva che tali attività dovevano essere assoggettate ad una disciplina pubblicistica, a prescindere dal carattere di demanialità che era imputato al bene porto.

Nella dottrina in esame, sembra potersi rintracciare alcuni tratti comuni ad una concezione, ben più risalente, formulata da una autorevole dottrina con riferimento ai beni demaniali nel loro rapporto con la fase di erogazione di un servizio pubblico¹¹².

In particolare, ad avviso del De Valles, i servizi pubblici - che dovevano essere considerati alla stregua di “servizi destinati al pubblico”, più che come “servizi svolti nell'interesse pubblico” – erano ritenuti tali in quanto funzionali all'erogazione in favore dei privati non solo di utilità giuridiche,

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ In questi termini, infatti, l'Autore rilevava che «*la ragione fondamentale della disciplina pubblicistica del lavoro portuale, non si deve vedere nel demanio pubblico, ma in un altro interesse generale, che si riallaccia alla natura e alla funzione della nave e per il quale il porto rappresenta il punto di contatto fra la nave e il territorio nazionale e l'interesse dominante è quello del rapido, controllato ed organico svolgimento del traffico marittimo*»

¹¹¹ Ci si riferisce, in particolare, a G. PERICU, *Porto*, cit.

¹¹² A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo*, VI, Milano, 1923, 437 ss.

o di *operae*, ma anche di *cose*, affinché gli stessi privati se ne potessero servire per lo svolgimento delle proprie attività e gli stessi beni del demanio ricadevano in quest'ultima ipotesi, potendo così essere considerati alla stregua di un vero e proprio servizio pubblico.

Tale premessa poteva dare luogo a diverse situazioni:

(a) in alcuni casi, l'utilità perseguita dal privato veniva cioè immediatamente soddisfatta mediante l'uso del bene stesso;

(b) in altri, il bene costituiva, invece, solo un mezzo attraverso il quale l'amministrazione erogava il servizio: con la conseguenza che risultava predominante la rilevanza dell'attività svolta da quest'ultima rispetto alla messa a disposizione del bene;

(c) in altri casi, infine, erano rinvenibili fattispecie miste, nelle quali la riconduzione ad una delle due ipotesi poteva avvenire secondo un criterio di prevalenza¹¹³.

Esaminate in questa prospettiva, le considerazioni svolte dal Lombardi si possono dunque prestare ad una lettura diversa in funzione del fatto che la concessione di aree demaniali del porto per la realizzazione di operazioni portuali sia considerata nella prospettiva degli utenti oppure delle stesse imprese esercenti tali attività.

Nel primo caso, gli utenti passano cioè dal beneficiare del godimento del bene porto, ossia di un *pubblico servizio demaniale*, all'usufruire del pubblico servizio costituito da *operae* svolte sul bene o dall'ente o da soggetti privati concessionari dell'ente stesso: in tale prospettiva appare dunque influente il fatto che le attività in questione vengano o meno esercitate da un soggetto che sia anche concessionario delle aree demaniali, dato che il bene concesso costituisce solo un mezzo per l'erogazione di un servizio di natura pubblica.

Prestando lo sguardo alla posizione delle imprese esercenti le operazioni portuali, la prospettiva, invece, mutava: in questa seconda ipotesi, le destinatarie del servizio, configurato quale messa a disposizione del bene demaniale, erano, infatti, le stesse imprese di carico e scarico merci.

Questa prospettiva presenta però due problemi.

Il primo è connesso alla coerenza stessa delle posizioni espresse dal Lombardi.

In particolare, nell'esaminare la tesi del De Valles, una dottrina più recente ha suggerito che l'attività svolta dalle imprese portuali potrebbe condurre alle medesime conclusioni cui è pervenuto F.A. Querci, pur attraverso un ragionamento logico forse più lineare¹¹⁴.

In tal senso, è stato, cioè rilevato come l'attività svolta dalle imprese

¹¹³ G. TACCOGNA, *op. cit.* 236.

¹¹⁴ E, comunque, certamente più aderente alla disciplina positiva, radicalmente mutata con l'eliminazione dal Codice della Navigazione del previgente regime del lavoro portuale e la contestuale entrata in vigore della l. 84/94.

portuali dovrebbe essere qualificata attraverso i criteri posti dall'art. 43 Cost., in forza del quale, le imprese private «*devono essere trattate, stante la loro natura soggettiva, in conformità allo statuto della norma anzidetta e, dunque, non possono essere dirette passo passo (...) bensì soltanto indirizzate con programmi (...) in modo da assicurare il rispetto (oltre che dalla loro intrinseca natura) degli interessi pubblici o sociali cui è preordinata la demanialità*»¹¹⁵.

Con ciò dunque estendendo le considerazioni generali formulate dal Pototschnig in ordine alla natura dei servizi pubblici.

Se così è però le conclusioni raggiunte dal Lombardi difficilmente collimano con le premesse da egli poste alla base del proprio ragionamento, secondo cui cioè le operazioni portuali non possono essere considerate alla stregua di un servizio pubblico, bensì quale mera attività privata di pubblica utilità: esse ponendosi, infatti, in modo diametralmente opposto rispetto proprio alla tesi formulata dal Querci.

Il secondo problema è, invece, di ordine sistematico.

Si è sopra rilevato che, per il Lombardi, il fine pubblico sotteso all'esistenza stessa dei porti non poteva identificarsi con la loro condizione giuridica di bene demaniale, bensì con la caratteristica di essere questi funzionali alla realizzazione dei traffici marittimi: ossia, con il perseguimento dell'interesse generale che si ricollega con la posizione del porto quale punto di incontro tra il territorio nazionale (ed i relativi interessi collettivi di cui è depositario) e la nave.

Ora, tale considerazione non sembra particolarmente persuasiva: basti infatti considerare che il fine suindicato altro non è che il perseguimento dei pubblici usi del mare, cioè proprio la finalità che caratterizza il porto quale bene demaniale marittimo.

Il che indurrebbe a ritenere che le suindicate finalità possano in realtà essere perseguite proprio in ragione del carattere demaniale impresso al bene-porto.

14. Ancora in tema di operazioni portuali: la prospettiva europea dopo la sentenza CGCE Siderurgica Gabrielli e le considerazioni più recenti della dottrina e della giurisprudenza interna.

14.1. Più recentemente, la dottrina si è interrogata sulla possibilità che le conclusioni formulate dalla Corte di Giustizia nella già richiamata sentenza *Siderurgica Gabrielli*,¹¹⁶, nonché le previsioni contenute nella l. 84/94¹¹⁷,

¹¹⁵ G. TACCOGNA, *op. cit.* 246.

¹¹⁶ ID., 313.

¹¹⁷ Anzi, come ravvisato da G. TACCOGNA, *op. cit.*, 313, «*la liberalizzazione non è stata dunque voluta in senso assoluto, e cioè nel senso auspicato dall'Antitrust, come superamento del sistema concessorio e della discrezionalità amministrativa rispetto*

abbiano risolto definitivamente la questione della natura giuridica delle operazioni portuali.

In particolare, G. Acquarone ha sostenuto che nella sopravvenuta disciplina, ove esaminata secondo i principi «*di liberalizzazione e comunque quelli comunitari di mercato aperto*», in realtà, troverebbero conferma le conclusioni raggiunte in passato da F.A. Querci¹¹⁸.

Ragionando sulla base delle più recenti tesi elaborate in ordine alla natura dei servizi pubblici, che hanno proposto una tesi della categoria “in senso oggettivo”, l’Autore ha cioè ritenuto che proprio nella disciplina positiva delle operazioni portuali sarebbe possibile rinvenire tutti gli elementi che consentono di qualificare le operazioni portuali alla stregua di un servizio pubblico.

E ciò, anzitutto, perché l’art. 16 della l. 84/94 rappresenta le operazioni portuali quali attività il cui espletamento è soggetto al rilascio di un’apposita autorizzazione da parte dell’Autorità marittima (o portuale): autorizzazione, che può però essere rilasciata solo ove l’aspirante prestatore sia in possesso di specifici requisiti oggetto del controllo della stessa Autorità, ed a seguito della presentazione di un programma di attività, vincolante per lo stesso operatore.

Ed in secondo luogo, perché le operazioni portuali si configurano quali attività rivolte nei confronti della collettività degli utenti, cioè come «*attività fornite ad una generalità di soggetti, al fine di perseguire identici fini rilevanti per la collettività, in tal modo consentendo una loro*

all’accesso delle imprese al mercato (...) bensì come adattamento in via generalizzata di esso ad una sorta di «tasso di concorrenzialità ottimale», amministrativamente individuato per ciascun porto (che, comunque, costituiva una novità rispetto alla prassi del precedente dirigismo)».

¹¹⁸ Cfr., in particolare, G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore*, cit., 147 ss. Quest’ultimo Autore - in particolare, v. pp. 150-151 - ritiene che le operazioni portuali non potrebbero essere annoverate tra i servizi pubblici, ove questi venissero intesi secondo la concezione precedente all’affermarsi dei principi di liberalizzazione di matrice europea; ciò, in quanto: a) non è imposto in capo a tali operatori alcun obbligo applicativo di tariffe né di prestazione indifferenziata del servizio a qualsiasi utente del porto; b) l’autorizzazione all’esercizio delle operazioni portuali non parrebbe inserire le imprese esercenti tra quelle autorizzate in un “ordinamento sezionale” (secondo la nota concezione elaborata da M.S. Giannini); c) l’autorizzazione in questione non determina sostituzioni nell’esercizio di un’attività riservata alla p.a. né inciderebbe sull’inizio della attività e sulle sue modalità in modo da integrare una concessione costitutiva. Tuttavia, se si guarda ai più recenti orientamenti della dottrina nella definizione di pubblici servizi, ad avviso del medesimo Autore, è possibile giungere a conclusioni diametralmente opposte. Se ben si comprende, il presupposto di ricerca da cui muove l’Acquarone è l’accoglimento della nozione di servizio pubblico in senso oggettivo. A questa prospettiva, l’Autore imputa però il vizio di imporre una concezione troppo generalizzata (lo stesso vizio viene rilevato anche nella nozione di servizio pubblico in senso soggettivo) e dunque non risolutiva. La tesi formulata dall’Acquarone sarebbe, invece, diretta a combinare i caratteri della nozione oggettiva con il necessario intervento regolatore della amministrazione.

*considerazione su piano unitario»*¹¹⁹.

E la tesi volta a sostenere la natura di servizio pubblico delle operazioni portuali troverebbe un ulteriore argomento a supporto ove si consideri il loro carattere di indispensabilità. Tanto da far ritenere che, in assenza di aspiranti operatori, sarebbe possibile che l’Autorità amministrativa sia “facultizzata” a svolgere direttamente essa stessa tali attività «*nella prospettiva di conservare quell’adeguato volume di traffico che rappresenta l’obiettivo primario che la stessa deve perseguire*».¹²⁰

A tale prospettiva si contrappone un secondo orientamento che, pur non affrontando *funditus* il problema della natura giuridica delle operazioni portuali, ha sostenuto che la l. 84/94 avrebbe ormai superato il problema di un loro eventuale inquadramento pubblicistico¹²¹.

In tal senso, questa dottrina ha, infatti, rilevato che «*la L. n. 84/1994 ha dato corpo, fin dalla sua originaria impostazione, a un assetto normativo del settore portuale che si è evoluto in modo sempre più compiuto verso modelli organizzativi rivolti a favorire l’accesso di una pluralità di imprese all’interno del porto, e a considerare l’attività delle imprese come attività “privata”, sia pur a rilevanza pubblicistica da eseguire in spazi “pubblici”*»¹²².

Va in realtà rilevato che quest’ultimo approccio, che appare più in linea con le considerazioni formulate dall’Avvocato Generale Van Gerven nelle proprie conclusioni rese nell’ambito della *sentenza Siderurgica Gabrielli*¹²³,

¹¹⁹ G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore*, cit., 182.

¹²⁰ ID., 183.

¹²¹ S.M. CARBONE – F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2006.

¹²² ID., 204.

¹²³ Il quale nella suindicata sentenza rilevò, in particolare, che «*innanzi tutto va rilevato che la nozione di “impresa incaricata della gestione di servizi d’interessi economico generale” ha uno specifico significato comunitario. Secondo la giurisprudenza della Corte, in cui si dichiara che tale nozione deve essere interpretata in senso stretto, è importante il fatto che l’impresa venga incaricata dai pubblici poteri delle attività da essa svolte e tali attività siano necessarie per ragioni di interesse generale. Dalla normativa nazionale di cui è causa risulta che sia le imprese portuali sia le compagnie portuali vengono incaricate dai pubblici poteri delle attività da esse svolte. Ciò non significa ancora che tali attività siano di interesse economico generale ai sensi dell’ art. 90, n. 2. Benché l’ organizzazione di un porto costituisca senza dubbio in quanto tale un’ attività di interesse economico generale, lo stesso a mio parere non si può dire dell’ attività delle compagnie e delle imprese portuali, consistente nell’ esecuzione o nell’ esercizio per conto terzi di operazioni portuali. Per operazioni portuali si intende sempre l’ imbarco, lo sbarco, il trasbordo e il movimento di merci. Se anche tali operazioni rientrano nella nozione di servizi di interesse generale, allora vi si devono comprendere liberamente tutte le attività economiche. In tale nozione rientrano a mio parere (...), solo attività svolte direttamente a favore della collettività*».

Rilevando, alla nt. 5 che, sotto quest’ultimo profilo, si erano già espresse le seguenti decisioni: «*la sentenza Ahmed Saeed menzionata nella nota 22, punto 55 della motivazione. Finora vengono considerate dalla Corte come attività di interesse economico generale: il mantenimento della navigabilità di un’ importante via d’ acqua (Lussemburgo / Muller,*

sembra muovere da presupposti del tutto diversi rispetto a quelli su cui si sviluppa il precedente orientamento, più attento a ragionare nel solco delle già consolidate categorie dalla dottrina interna.

Infatti, più che diretto ad individuare una corretta collocazione dogmatica delle operazioni portuali, l'orientamento dottrinale in parola pare orientato a porre in evidenza la necessità che tali attività siano disciplinate più che altro sotto il profilo della libertà di concorrenza e trasparenza tra gli operatori che ne sono preposti.

Ritenendo così che l'interesse pubblico connesso alle operazioni portuali, pur essendo evidente, vada sostanzialmente recuperato in una dimensione diversa (e, presumibilmente, più ampia) e non si identifichi con la natura stessa di tali attività.

14.2. Il problema dell'inquadramento giuridico delle operazioni portuali non sembra dunque essere stato risolto in dottrina neppure in presenza del nuovo quadro normativo.

Tale situazione sembra dovuta essenzialmente al fatto che le tesi esposte dalla dottrina, pur essendo autorevolmente sostenute, non appaiono in realtà completamente soddisfacenti: da un lato, la tesi che ritiene che le operazioni portuali possano essere considerate alla stregua di un servizio pubblico non sembra, infatti, essere in linea con l'approccio adottato in materia dalle istituzioni europee, che invece sembrano piuttosto orientate a qualificare tali attività come meri servizi privati.

Per contro, la tesi che individua nelle operazioni portuali delle semplici attività prestate dal privato, svolte in spazi pubblici, sembra limitarsi a voler fornire una raffigurazione della realtà, senza però addentrarsi nell'esame della questione in esame.

A queste posizioni si affianca una ulteriore tesi che, muovendo dalla dottrina, in precedenza esaminata delle *essential facilities*, ritiene che l'attribuzione in concessione di aree e banchine del porto di cui all'art. 18 l. 84/94 al fine dello svolgimento delle operazioni portuali, nonché l'affidamento dei servizi di interesse generale ex art. 6 della stessa legge, in realtà sarebbero riconducibili ad un unico comun denominatore

causa 10/71, Racc. 1971, pag. 723), l'approvvigionamento idrico (IAZ International Belgium / Commissione, causa 96/82, Racc. 1983, pag. 3369), l'esercizio di servizi di telecomunicazione (Italia / Commissione, causa 41/83, Racc. 1985, pag. 873), trasmissioni televisive (causa 155/73, Sacchi / Italia, Racc. 1974, pag. 409)».

Anche se si ammettesse che le menzionate operazioni portuali debbano essere considerate come servizi di interesse economico generale, non è ancora dimostrato che l'osservanza delle menzionate disposizioni del Trattato, in particolare degli artt. 7, 85 e 86, sia incompatibile con l'esecuzione dei compiti delle pubbliche autorità, in altri termini, che la violazione delle norme del Trattato sia inevitabile per l'esecuzione di tali compiti (57). Inoltre deve ancora risultare che l'applicazione della deroga alle norme del Trattato non sia incompatibile con l'interesse della Comunità.

«preoccupandosi di assicurare lo svolgimento, nei porti commerciali, di attività coesenziali all'esistenza stessa del porto. Se tale funzione è esplicitata dalla definizione stessa di «servizi di interesse generale» all'utenza, lo stesso vale per le attività terminalistiche»¹²⁴.

In questi termini, le operazioni portuali prestate avrebbero pertanto natura di servizio pubblico, in quanto esse si svolgono «in esclusiva su una particolare tipologia di area demaniale (banchine e area retrostante, appunto) che, per la naturale scarsità del bene (...) è destinata al servizio degli utenti del porto su basi non discriminatorie»¹²⁵.

Quest'ultima tesi tenta cioè di superare le categorie dogmatiche del diritto nazionale, di cui implicitamente riconosce le difficoltà applicative, richiamandosi ad una dottrina ormai recepita nel diritto internazionale e, come visto, applicabile anche al settore portuale.

Tale posizione non sembra essere però condivisibile.

Anzitutto, essa presuppone che vi sia assoluta identità tra la categoria nazionale dei servizi pubblici e quella, di origine comunitaria, dei servizi generali, omettendo di considerare che una siffatta conclusione incontra più di una critica in dottrina.

In secondo luogo l'assimilazione delle attività terminalistiche ai servizi di interesse generale presuppone che siano sovrapponibili le finalità rispettivamente perseguite. Considerazione che però non pare trovare riscontro ove si considerino singolarmente le attività in questione: le operazioni portuali costituiscono di fatto attività meramente imprenditoriali, che possono indirettamente interessare una pluralità di soggetti, mentre i servizi di interesse generale perseguono un obiettivo direttamente volto al soddisfacimento delle esigenze della collettività.

Sicché appaiono difficilmente riconducibili ad un unico comune denominatore.

Infine, non sembra che il riferimento alla dottrina delle *essential facilities* possa giustificare una ricostruzione in senso pubblicistico delle operazioni portuali.

Come accennato, la giurisprudenza comunitaria ha, infatti, già avuto modo di chiarire e limitare tale nozione, prevedendone una sua applicazione solo ove la struttura (o il mercato) presa in considerazione sia effettivamente da considerare "essenziale": situazione che si verifica solo nel caso in cui la struttura portuale di cui si discute non possa essere sostituita o supplita agevolmente in alcun modo. Tale circostanza però non sembra poter ricorrere nel caso in cui, ad esempio, siano a disposizione più aree nell'ambito di uno stesso porto (di tal guisa che l'utilizzo di un'area o banchina del porto sia interscambiabile con un'altra), oppure laddove vi

¹²⁴ F. PACCIANI - G. LOFFREDA, *Sulle modalità di affidamento in concessione delle aree del demanio marittimo all'interno dei porti commerciali*, in *Diritto dei Trasporti*, 2009, 69.

¹²⁵ ID., 72.

siano porti, situati in aree relativamente prossime, astrattamente idonei a poter fornire i medesimi servizi.

Nel caso di specie dunque l'applicazione della dottrina delle *essential facilities* non sembra risolutiva ai fini di una spiegazione della natura delle operazioni portuali.

14.3. Se la dottrina non sembra aver maturato una posizione comune in ordine all'inquadramento giuridico delle operazioni portuali, va detto che neppure la giurisprudenza ha finora dimostrato di riuscire ad elaborare una tesi condivisa.

Un primo orientamento è, infatti, sembrato favorevole a considerare tali attività alla stregua di un servizio pubblico, sulla scia delle considerazioni formulate dalla giurisprudenza precedente all'entrata in vigore della l. n. 84/94, ritenendo che posto che le operazioni portuali debbano «*svolgersi a favore di terzi ... (si tratterebbe, n.d.r.), dunque, di pubblici servizi in senso proprio*»¹²⁶. Il presupposto della natura pubblicistica dei servizi in parola è stato dunque rinvenuto nella mera circostanza che essi siano rivolti a favore di terzi.

Di diverso è avviso è però sembrata un'altra parte della giurisprudenza, secondo cui sia le attività in parola, sia i servizi di interesse generale previsti all'art. 6 l. 84/94, dovrebbero essere tutti qualificati quali attività imprenditoriali, pur essendo di pubblico interesse ai sensi di quanto previsto all'art. 41 Cost.: essendo il loro esercizio sottoposto ad autorizzazione dell'Autorità portuale .

In particolare, il Giudice amministrativo ha sostenuto che «*l'intera legge n. 84 è diretta a riordinare il settore portuale inteso principalmente come strumento per il commercio. Nell'ambito portuale sono individuate tre distinte categorie di attività. La prima è quella delle attività portuali vere e proprie, indicate dal comma primo dell'articolo 16 come il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito etc. delle merci. Le seconde sono individuate come servizi specialistici, complementari o accessori al ciclo delle attività portuali e sono previste dal medesimo comma. Infine la terza categoria è prevista dall'articolo 6 della stessa legge e definita come "servizi di interesse generale, non coincidenti né strettamente connessi alle operazioni portuali di cui all'articolo 16, comma 1". Per le tre categorie è previsto un regime autorizzatorio variamente regolato. Si tratta, in sostanza, di attività imprenditoriali derivanti da diritti in attesa di espansione e come tali non risalenti alla piena libertà d'impresa di cui all'articolo 41 della Costituzione*»¹²⁷.

Tale decisione muove cioè da un presupposto diverso rispetto a quelli sopra esaminati e che sembra potersi riferire alle posizioni dottrinali

¹²⁶ Cons. St., Sez. VI, n. 3235/2008.

¹²⁷ Cons. Giust. Amm. Sicilia, 22 aprile 2008, n. 329.

formulate in passato da L. Acquarone, in precedenza esaminate, secondo cui, per l'appunto, le operazioni portuali si configuravano quali attività dei privati di interesse pubblico.

15. La condizione giuridica delle operazioni portuali nel rapporto con il demanio marittimo.

15.1. Il dibattito sorto intorno alla natura delle operazioni portuali pare risentire di una concezione che ha attraversato tutto il secolo scorso ed alla quale si è fatto cenno anche ove si è esaminata l'evoluzione storica della disciplina portuale¹²⁸.

In tale sede, si è cioè visto che, mentre la gestione dei beni nei porti (dunque compresa la gestione delle attività possibili sulle singole aree portuali) erano oggetto di una specifica attenzione da parte del legislatore sin dall'introduzione del codice della marina mercantile, le operazioni portuali erano rimaste fino agli anni venti del secolo XIX prive di una specifica regolamentazione. E che, di fronte all'incremento dei traffici marittimi e delle attività svolte all'interno dei porti commerciali ed industriali, per ragioni di ordine pubblico, era stata progressivamente introdotta una disciplina diretta ad attribuire alle amministrazioni marittime il potere di gestione di tali attività, riconoscendo alle stesse amministrazioni il controllo sul lavoro portuale.

Nel contempo, la scienza giuridica aveva già sostanzialmente avallato la ricostruzione delle attività in parola, sul piano giuridico, attribuendo loro la natura di servizi pubblici, sul presupposto che, dato che esse attenevano al corretto e necessario svolgimento dei traffici commerciali interessanti l'intera collettività, la loro regolazione rivestiva un indubbio interesse pubblico¹²⁹.

In tale ricostruzione, tuttavia, si confondevano presumibilmente due piani distinti.

In un primo momento, si sosteneva cioè che le attività portuali rivolte alle merci dovevano essere, in sostanza, assoggettate ad una specifica disciplina di ordine pubblico, perché l'accesso dei lavoratori a tali attività non poteva rimanere privo di regolamentazione, onde evitare che questi venissero lasciati del tutto privi di una qualsivoglia tutela: in questa prospettiva, l'interesse pubblico sotteso alle operazioni portuali discendeva dunque esclusivamente da ragioni di ordine pubblico, consistenti nella tutela dei

¹²⁸ Si rimanda, in proposito, a quanto evidenziato nel §1.

¹²⁹ Così F.A. QUERCI, *Il lavoro portuale in Italia*, in *Dir. mar.*, 1983, 102, secondo cui «l'attività economica avente ad oggetto le operazioni portuali, in quanto servizio pubblico (...) trova le proprie radici in motivazione di ordine socio-economico: esistono nelle società ad economia di mercato, quale la nostra, attività imprenditoriali, il cui esercizio coinvolge interessi a carattere sociale. Affidare totalmente tale esercizio alla libera iniziativa dei titolari delle attività stesse, potrebbe determinare una lesione dei predetti interessi».

lavoratori all'accesso del mercato portuale. Tutela dell'ordine pubblico che l'autorità amministrativa marittima era certamente in grado di assolvere, posto che essa era l'autorità preposta a controllare i porti quali beni del demanio marittimo.

Successivamente, il riferito ragionamento venne però, in un certo senso, capovolto: si sostenne, infatti, che le operazioni portuali dovessero essere considerate alla stregua di un servizio pubblico, in quanto rivolte al pubblico. E, di conseguenza, la loro regolazione diveniva necessaria al fine di tutelare il regolare svolgimento del mercato ed evitare che in assenza del legislatore si producesse un danno per la collettività dovuto alla cattiva gestione di tali attività.

Questo secondo ragionamento, che trovò linfa vitale nel corso degli anni settanta del secolo scorso, allorché venne elaborata la teoria oggettiva dei servizi pubblici, è stata sostanzialmente accolta anche in giurisprudenza. E ciò perché, del resto, come si è sopra evidenziato, anche i sostenitori della tesi che riteneva che le operazioni portuali dovessero essere considerate alla stregua di mere attività dei privati, giungevano comunque a riconoscere in essi un'indubbia utilità per la collettività.

Perciò, anche seguendo quest'ultima prospettiva, si sarebbe dovuto condividere l'opinione tradizionale, per cui alla base delle attività in questione residuava un interesse della collettività.

15.2. Le considerazioni riferite, laddove attribuiscono natura giuridica di servizio pubblico alle operazioni portuali sembrano però omettere di considerare che il luogo in cui queste attività si svolgono, è rappresentato da beni del demanio marittimo. Sicché, la qualificazione giuridica delle attività di cui si discute pare, di conseguenza, risultare carente sotto il profilo ricostruttivo, perché arriva a rinvenire nelle attività considerate, caratteri che, invece, sono ad esse estranee.

Ora esula certamente dalle finalità della presente ricerca approfondire le diverse teorie che la dottrina ha, autorevolmente, elaborato in tema di servizi pubblici.

Per contro, pare sufficiente richiamare i criteri principali che sono stati elaborati proprio dalla dottrina¹³⁰ (e riconosciuti anche dalla giurisprudenza), al fine di identificare un servizio pubblico, per rilevare come, in realtà, le operazioni portuali non possano essere ricondotte a quest'ultima categoria giuridica¹³¹.

In questo senso, la giurisprudenza amministrativa ha cioè rilevato, in

¹³⁰ Per una ricostruzione generale delle teorie formulate in materia di servizi pubblici, si v. F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *N.simo dig. it.*, 1970, XVII, 220 ss. Per un approfondimento più recente, v., invece, L.R. PERFETTI, *Contributo a una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.

¹³¹ *Contra*, G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore*, cit., 147 ss.

aderenza alla teoria cd. oggettiva¹³², che «la nozione di servizio pubblico prescelta dal legislatore, quella oggettiva, si fonda su due elementi: 1) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; 2) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità. Ne consegue che (...) quel che conta, infatti, è che l'attività del gestore fosse diretta ad una platea indifferenziata di utenti e che esso fosse destinatario di obblighi funzionali alla destinazione al pubblico dell'attività dovuta»¹³³.

Sarebbero dunque due i criteri che consentono di qualificare un'attività alla stregua di un servizio pubblico, cioè: a) l'essere tale attività preordinata a soddisfare in modo diretto le esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; b) la sottoposizione del soggetto erogatore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità.

Ebbene, entrambi questi elementi paiono mancare nel caso delle operazioni portuali.

a) In primo luogo, i diretti destinatari in favore dei quali sono svolte le operazioni portuali non coincidono con la collettività degli utenti, bensì con i soggetti che operano all'interno dei porti (vettori, terminalisti, altri operatori, etc..).

Il che significa che l'utenza generale beneficia solo indirettamente di tali attività, attraverso l'immissione e la circolazione nel mercato delle merci trattate nei porti.

Inoltre, mentre i servizi pubblici sono rivolti a soddisfare l'esigenza dei

¹³² Ed, in particolare, alle tesi da ultimo sviluppate in questo senso da L.R. PERFETTI, *Contributo a una teoria dei pubblici servizi*, cit.; per una prospettiva diametralmente opposta, si veda, invece, R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussione e problemi*, Milano, 2008, 1-57, il quale esamina approfonditamente la dottrina elaborata negli anni (anche recentemente) sui servizi pubblici.

¹³³ Cons. Stato Sez. V Sent., 22 marzo 2010, n. 1651. In termini diversi, ma sempre in linea con la concezione oggettiva dei servizi pubblici, Cons. Stato Sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2021 ha, invece, rilevato, in relazione allo svolgimento delle attività di messa in sicurezza e di bonifica di un sito inquinato di interesse nazionale, che «per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile a livello soggettivo la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione. Oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di una definizione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)».

cittadini “*uti singuli*”, componenti della collettività, com’è stato osservato sempre dalla giurisprudenza¹³⁴, le operazioni portuali sono svolte nei confronti di determinati soggetti in quanto componenti di specifiche categorie di operatori. Anche questa considerazione indurrebbe dunque ad escludere che, con riferimento alle operazioni portuali, si possa configurare il requisito in esame.

b) Né sembrano sussistenti, in relazione alle stesse attività, le finalità che contraddistinguono la presenza del secondo criterio indicato dalla giurisprudenza al fine di determinare se un’attività sia annoverabile all’interno della categoria dei servizi pubblici.

Ciò perché, se è vero che ai fini del rilascio dell’autorizzazione allo svolgimento delle operazioni e dei servizi portuali, l’Autorità portuale sottopone effettivamente l’impresa interessata «*ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l’espletamento dell’attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità*», è altresì vero che una siffatta valutazione è funzionale alla necessità di far accedere al mercato portuale (che è per definizione un mercato a cui solo un ristretto numero di operatori possono prendere parte) gli operatori più qualificati, nel rispetto della destinazione pubblicistica impressa sul bene pubblico nell’ambito del quale essi devono interagire¹³⁵.

¹³⁴ In questo senso si è espresso, ad esempio, Tar Piemonte Torino Sez. II, 30 gennaio 2007, n. 450, che ha rilevato come «*Secondo la definizione che la giurisprudenza ha dato della controversa nozione di "servizio pubblico": sono da considerare servizi pubblici tutti quelli di cui i cittadini usufruiscono "uti singuli" e come componenti la collettività, perché rivolti alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali*» (C.S. Sez. V, 22/05/2005 n. 7345). Pertanto, il servizio di gestione dei parcheggi, sotto questo profilo, avrebbe un particolare fine sociale e sarebbe caratterizzato dalla soddisfazione dei bisogni dei cittadini “*uti singuli*” sotto il particolare profilo dell’organizzazione della mobilità, tant’è vero che nel caso di specie l’affidamento della concessione alla società è stato preceduto dall’approvazione del Piano Urbano dei Parcheggi, documento che la legge 24 marzo 1989, n. 122, prevede proprio come strumento attraverso il quale il Comune può incidere sulla “*politica della mobilità*” attraverso la localizzazione dei parcheggi e la determinazione di aree di parcheggio a pagamento. Le caratteristiche della figura della concessione di pubblico servizio sono state ben profilate anche dalla giurisprudenza comunitaria, che nella sentenza della Corte di Giustizia europea, in C-458/03 “*Parking Brixen GmbH*” del 13/10/2005, si è espressa nel senso che la gestione di un parcheggio a pagamento deve essere considerata come concessione di un pubblico servizio, provenendo la remunerazione del prestatore di servizi dagli importi versati dai terzi per l’utilizzo del parcheggio ..».

¹³⁵ In questo senso, è stato, infatti, rilevato da S.M. CARBONE, *La privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitari*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, 1, 8, che «*al fine di autorizzare un’impresa ad eseguire operazioni portuali, è necessario effettuare una valutazione rivolta ad assicurare che soltanto imprese capaci siano abilitate ad utilizzare gli spazi portuali; non si può, infatti, prescindere dalla considerazione per cui (a) il porto è un luogo comunque ristretto, nel quale solo un numero finito (rectius, limitato) di imprese può ragionevolmente operare; (b) è necessario*

In questo quadro, le operazioni portuali, che altro non sono che attività di impresa, svolti da soggetti privati, assumono una valenza pubblicistica non per le finalità che ad esse sono sottese, bensì per il fatto che esse si svolgono nell'ambito di un bene del demanio marittimo, che, come si è visto, è così qualificato in quanto intrinsecamente destinato a soddisfare i pubblici usi del mare¹³⁶.

Ed è per tale ragione che le operazioni portuali devono essere necessariamente soggette ad un controllo da parte delle singole Autorità portuali (o marittime) competenti a gestire la suindicata tipologia di bene pubblico¹³⁷. Né, tali attività sono le uniche assoggettate a questo controllo per il solo fatto di essere eseguite all'interno del porto: basti, infatti, considerare che, com'è stato evidenziato in dottrina, *«nella realtà operativa non è infrequente che si presenti una parziale coincidenza (spesso solo di carattere lessicale) fra le attività qualificabili come operazioni portuali (...)*

garantire il rispetto di modelli organizzativi dell'impresa coerenti con le esigenze di sicurezza nello svolgimento delle attività portuali; (c) si devono favorire economie di scala soprattutto con riferimento alle operazioni portuali che richiedono alti investimenti per infrastrutture e sovrastrutture specializzate a vantaggio dell'erogazione dei relativi servizi. Di conseguenza diventa essenziale per l'Autorità portuale dotarsi di criteri selettivi per valutare tutte le possibile imprese richiedenti, e garantire l'accesso al mercato dei servizi e delle operazioni portuali solo a quelle che con le migliori credenziali, e cioè quelle dotate delle migliori caratteristiche e capacità imprenditoriali, nonché di un programma di sviluppo ed investimenti idoneo a generare benefici, oltretutto ritorni economici per il porto e l'indotto che da esso trae il proprio sostentamento».

¹³⁶ In tal senso, sembrano condurre anche le considerazioni svolte da A. TRAVI, *Utenza di beni pubblici e utenza di servizi pubblici*, in *Urb. app.*, 2011, 1105 ss., il quale nel commentare Cons. St., Sez. VI, 27 marzo 2001, n. 1807, evidenzia come *«servizio pubblico non sono dunque i singoli esercizi insediati nella stazione marittima, ma è la stazione marittima in quanto tale»*: tale considerazione, applicata in generale al porto, parrebbe cioè condurre ad attribuire natura privata alle operazioni ed ai servizi portuali e natura pubblicistica al porto in sé considerato.

¹³⁷ In questi termini, sembrano dunque da intendere i richiami operati della Corte dei Conti nei confronti di talune Autorità portuali, in relazione alla previsione contenuta nell'art. 16, comma VII, l. 84/94 (ove prevede che *«l'autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità marittima, sentita la commissione consultiva locale, determina il numero massimo di autorizzazioni che possono essere rilasciate ai sensi del comma 3, in relazione alle esigenze di funzionalità del porto e del traffico, assicurando, comunque, il massimo della concorrenza nel settore»*). La Corte dei Conti ha cioè avuto modo di rilevare che *«non risponde a criteri di sana e corretta gestione l'emanazione "a pioggia" da parte dell'A.P.C. delle autorizzazioni all'esercizio delle operazioni portuali da rilasciare previa valutazione delle esigenze di funzionalità del porto e del traffico; occorre, pertanto, che in ottemperanza all'art. 16 della legge n. 84 del 1994 sia determinato il numero massimo di dette autorizzazioni»* (Sez. Contr. Enti, n. 54 del 26 giugno 1998, Autorità portuale di Cagliari) e *«non è conforme all'art. 16, comma settimo, della legge n. 84 del 1994 la decisione assunta dall'A.P.T. di non procedere alla determinazione del numero massimo di autorizzazioni da rilasciare per l'esercizio delle attività portuali, in relazione alle esigenze di funzionalità del porto e del traffico»* (Sez. Contr. Enti, n. 13 del 06-03-1998, Autorità Portuale di Taranto).

ed attività diverse, che dovranno essere autorizzate e disciplinate ai sensi dell'art. 68 cod. nav.»¹³⁸.

Ora se è vero che questa forma di controllo appare più generica rispetto a quella prevista in sede di rilascio dell'autorizzazione allo svolgimento delle operazioni portuali dall'art. 16 l. 84/94, ma è altrettanto vero che queste ultime attività si svolgono in un ambito spaziale fisiologicamente ristretto, oltre che ambito da molti operatori.

Il che impone che il controllo dell'Autorità si svolga necessariamente sulla base di criteri qualitativi preordinati a selezionare l'operatore, la cui attività deve essere il più rispondente possibile a quei criteri di produttività che sono intrinseci nel porto (considerato quale bene "peculiare" del demanio marittimo), come affermato da tempo dalla dottrina¹³⁹ e recentemente riconosciuto anche dalla giurisprudenza¹⁴⁰.

15.3. Si ritiene, infine, che vi sia un'ulteriore considerazione a supporto della tesi che esclude la riconducibilità delle operazioni portuali alla fattispecie dei servizi pubblici.

Nell'esaminare il rapporto tra quest'ultima categoria, sviluppata dalla dottrina nazionale, e quella dei servizi di interesse economico generale, di matrice europea, infatti, la dottrina, pur con qualche distinguo, non ha mancato di intravedere tra le due una certa sovrapposibilità, anche a seguito dell'adozione da parte della Commissione Europea della nota Comunicazione del 20 settembre 2000 relativa ai servizi di interesse generale in Europa¹⁴¹.

¹³⁸ Così, M. CAMPAILLA, *Le operazioni portuali*, Bologna, 2004, 44. Com'è noto, l'art. 68 cod. nav. prevede che «*coloro che esercitano un'attività nell'interno dei porti ed in genere nell'ambito del demanio marittimo sono soggetti, nell'esplicazione di tale attività, alla vigilanza del comandante del porto. Il capo del compartimento, sentite le associazioni sindacali interessate, può sottoporre all'iscrizione in appositi registri, eventualmente a numero chiuso, e ad altre speciali limitazioni coloro che esercitano le attività predette*».

¹³⁹ Il riferimento è, ovviamente, a F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo*, cit.

¹⁴⁰ In particolare, da Cass. civ. S.U. 5 dicembre 2011 n. 25927, che verrà in seguito esaminata in relazione alla condizione giuridica della stessa concessione portuale, cui sono seguite altre pronunce tese a rimarcare la concezione dei beni pubblici sottolineata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. In tal senso si veda ad es., Tar Liguria – Genova, n. 747/2012, secondo cui «*nella nuova tassonomia dei beni pubblici, è fuori di dubbio che le aree portuali hanno una finalità produttiva. Tant'è che l'attività economica e imprenditoriale, in misura preponderante rispetto al regime demaniale, conforma la disciplina portuale: "l'incremento dei traffici e la produttività del porto", nella formulazione espressa all'art. 18, comma 6, l.cit, sono i principi che indirizzano l'attività di regolazione demandata all'Autorità portuale*».

¹⁴¹ Si veda al riguardo, tra i molti contributi della dottrina, L. R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 2001, 3-4, 479 ss.; F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 3,

Pur non essendo certamente questa la sede per un esame approfondito della questione, sembra nondimeno opportuno rilevare come il criterio che accomuna le due fattispecie sia stato rinvenuto «*nei diritti dell'utente e non già nella garanzia dell'organizzazione*»¹⁴²; diritti, cui l'espletamento di tali servizi è preordinato allo scopo di perseguire i fini sociali che ne caratterizzano la sussistenza.

Negli stessi termini si è recentemente espressa anche Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, la quale ha sostenuto che l'espressione “servizio pubblico locale di rilevanza economica” e quella di “servizio di interesse economico generale” (Sieg), la nozione comunitaria di Sieg, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di Spl di rilevanza economica «*hanno "contenuto omologo"*», tanto che «*lo stesso c. 1 dell'art. 23-bis del D.L. n. 112 del 2008 conferma tale interpretazione, attribuendo espressamente ai Spl di rilevanza economica un significato corrispondente a quello di "servizi di interesse generale in ambito locale" di rilevanza economica, di evidente derivazione comunitaria. Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento, infatti, ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato"; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni. Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica*»¹⁴³.

Tali considerazioni, ove trasposte alla fattispecie delle operazioni portuali che ci occupa, sembrano supportare, a maggior ragione, quella posizione che esclude la riconducibilità di queste attività all'alveo dei servizi pubblici: non solo perché lo svolgimento delle operazioni portuali di certo non persegue in alcun modo un fine sociale, ma si limita solo ad

453 ss. e M. CAPANTINI *Attività amministrative private nei servizi di interesse economico generale e principi dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1, 71 ss.

¹⁴² L. R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, cit., 483.

¹⁴³ A ciò poi aggiungendo che «*La disciplina comunitaria del Sieg e quella censurata del Spl divergono, invece, in ordine all'individuazione delle eccezioni alla regola dell'evidenza pubblica: a) la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale; b) lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei Spl ed ha, perciò, emanato una normativa che pone tale divieto. Per altro verso, la disciplina del servizio idrico integrato va ascritta alla competenza esclusiva dello Stato nelle materie «tutela della concorrenza» e «tutela dell'ambiente» e, pertanto, è inibito alle Regioni derogare a detta disciplina*».

inseguire una logica di impresa, che è connaturata alla stessa tipologia di servizio espletata dagli operatori portuali; ma anche perché, come si vedrà più attentamente nei prossimi capitoli, dall'esame dell'evoluzione dell'art. 18 l. 84/94 emerge che, nel disciplinare l'istituto della concessione di aree e banchine per lo svolgimento di operazioni portuali, il legislatore abbia mantenuto separate la sfera dei servizi di interesse economico generale (indicati all'art. 6 della stessa l. 84/94) rispetto a quella delle operazioni portuali.

Con ciò confermando l'esistenza di una netta cesura tra le tipologie di attività considerate.

Infine, un riconoscimento importante in ordine alla natura "privatistica" delle operazioni portuali sembra ritrovarsi proprio nella già citata sentenza *Sidurgica Gabrielli* del 1991, tanto che, nel richiamare tale pronuncia un'autorevole dottrina ha avuto modo di rilevare, in modo condivisibile, che, nel porto, «*there are purely commercial port services, including cargo handling. Under fixed case law, this is a commercial sector like so many others. The Commission sees no legal reason to make any reservations in this respect*»¹⁴⁴.

Il che parrebbe così confermare la tesi che le operazioni portuali difficilmente possano ritenersi ascrivibili alla generale categoria dei servizi pubblici.

¹⁴⁴ E. VAN HOOYDONK, *Prospects after the rejection of the european port services directive*, in *Il diritto marittimo*, 2004, 869.

CAPITOLO III

LA NATURA GIURIDICA DELLA CONCESSIONE PORTUALE

SOMMARIO: I. Elementi di distinzione e tratti comuni nelle forme di concessione portuale. — 2. La concessione di realizzazione e gestione di opere collocate a mare. — 3. La concessione di aree demaniali e banchine comprese nell'ambito portuale. — 4. Le altre forme di concessione previste dall'art. 18 l. 84/94. — 5. La condizione giuridica della concessione portuale. — 6. La concessione portuale nel porto-mercato. — 7. Il problema dell'individuazione dell'elemento prevalente nella determinazione della tipologia di concessione. — 8. La prospettiva europea sulle concessioni amministrative. — 9. L'inquadramento giuridico della concessione di beni pubblici. — 10. I problemi di qualificazione della concessione di beni nel diritto nazionale. — 11. L'inquadramento giuridico della concessione di beni nel diritto europeo. — 12. I rapporti concessori misti. — 13. Problemi di giurisdizione nelle concessioni miste. — 14. La concessione portuale tra contratto e provvedimento. — 15. La concessione portuale quale "fattispecie a contenuto variabile".

I. Elementi di distinzione e tratti comuni nelle forme di concessione portuale.

L'evoluzione del pensiero giuridico, di cui in precedenza si è sinteticamente dato conto, si pone alla base dell'istituto della concessione portuale¹.

Le considerazioni svolte, infatti, non consentono solo di comprendere le difficoltà incontrate dalla dottrina nella ricostruzione sistematica della figura che ci occupa, operazione resa ancor più difficile ove si consideri l'attuale formulazione dell'art. 18 l. 84/94, ma permettono altresì di fornire alcuni spunti circa la qualificazione giuridica dell'istituto in esame².

A tal fine, è necessario sin da ora rilevare che l'art. 18 regola, al comma 1, due distinte tipologie di concessione portuale³: la prima tipologia è

¹ Cfr., in particolare, il § II. Lo studio degli istituti sui quali si fonda la figura in esame sembra contribuire a spiegare le ragioni per le quali una figura che, apparentemente, non parrebbe porre alcun problema di natura sistematica, possa in realtà rilevarsi sul piano giuridico di difficile qualificazione. Esemplificative di tali difficoltà sono, in particolare, le considerazioni esposte da G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali: riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni; procedure e criteri di organizzazione*, in *Quad. reg.*, 2009, 3, 953 ss.

² In proposito, si v. ancora G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit.

³ Come si vedrà più dettagliatamente nel § IV, il testo del comma 1 dell'articolo 18 l. 84/94 è stato modificato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2, del 21 ottobre 1996, n. 535 (conv. nella l. 23 dicembre 1996, n. 647). In particolare, nella versione originaria del comma, era previsto che «l'autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità marittima danno in concessione le aree demaniali e le banchine comprese nell'ambito portuale alle

relativa alle «aree demaniali e le banchine comprese nell'ambito portuale alle imprese di cui all'articolo 16, comma 3, per l'espletamento delle operazioni portuali», la seconda tipologia, invece, ha quale oggetto «la realizzazione e la gestione di opere attinenti alle attività marittime e portuali collocate a mare nell'ambito degli specchi acquei esterni alle difese foranee anch'essi da considerarsi a tal fine ambito portuale, purché interessati dal traffico portuale e dalla prestazione dei servizi portuali anche per la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo, come individuati ai sensi dell'articolo 4, comma 3».

Tale norma cioè, pur individuando due forme di concessione di beni demaniali marittimi apparentemente analoghe, se non altro perché si svolgono entrambe all'interno dello stesso perimetro giuridico-spaziale contrassegnato quale «ambito portuale», le contraddistingue sotto taluni profili⁴.

In particolare, la prima forma di concessione, che attiene direttamente alle aree demaniali e le banchine del porto, sembra presentare tre caratteristiche principali, riconducibili al fatto che essa:

- i) si sviluppa sul suolo demaniale;
- ii) è strettamente funzionale all'espletamento di “operazioni portuali”;
- iii) è destinata essenzialmente ad un'impresa terminalista.

Inoltre, da un rapido esame della stessa norma, si deduce che il terminalista, al quale vengono attribuite in concessione le aree e le banchine del porto, potrebbe limitarsi a farne uso direttamente, senza cioè necessariamente “attrezzarle”.

La seconda figura, definita dall'art. 18 l. 84/94 come “concessione di realizzazione e gestione di opere collocate a mare”, invece, presenta caratteristiche perlomeno apparentemente diverse rispetto alla concessione di aree e banchine, cioè:

imprese di cui all'articolo 16, comma 3, per l'espletamento delle operazioni portuali nonché di attività relative ai passeggeri e di servizi di preminente interesse commerciale ed industriale, fatta salva l'utilizzazione di immobili demaniali da parte di amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di funzioni attinenti ad attività marittime e portuali. Le concessioni sono affidate, previa determinazione dei relativi canoni, sulla base di idonee forme di pubblicità, stabilite dal Ministro dei trasporti e della navigazione con proprio decreto. Con il medesimo decreto sono altresì indicati:

- a) la durata della concessione, i poteri di vigilanza e controllo delle autorità concedenti, le modalità di rinnovo della concessione ovvero di cessione degli impianti a nuovo concessionario;
- b) i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare in rapporto alla durata della concessione, agli investimenti previsti, al valore delle aree e degli impianti utilizzabili, ovvero al solo valore delle aree qualora il concessionario rilevi gli impianti all'atto della concessione».

⁴ Sulla nozione di “ambito portuale” si veda, in particolare, per una disamina delle diverse posizioni dottrinali il § IV.

(a) in primo luogo, essa impone necessariamente l'uso di una struttura collocata a mare, con ciò, aprendo a due possibilità: o che sia lo stesso concessionario a realizzare l'opera e poi a gestirla, oppure, ma la norma sul punto non consente un'interpretazione univoca, che quest'ultimo possa limitarsi alla sua gestione, essendo la struttura già preesistente al periodo di concessione;

(b) inoltre, la concessione *de qua* è ammessa anche esclusivamente ai fini dello svolgimento dei soli servizi portuali (e non dunque per le operazioni portuali), ossia, secondo la definizione dell'art. 16 l. 84/94, dei servizi «*riferiti a prestazioni specialistiche, complementari e accessorie al ciclo delle operazioni portuali*»;

(c) infine, la concessione di realizzazione e gestione di opere collocate a mare è rivolta a soggetti che possono svolgere solo talune delle operazioni e dei servizi portuali che siano compatibili con l'infrastruttura oggetto di concessione.

Le differenze tra le due forme di concessione sono evidentemente riconducibili, più che ad una intrinseca difformità degli istituti, al luogo in cui l'attività viene svolta a seguito della concessione: tanto che non è un caso che la dottrina che si è occupata di esaminare l'art. 18 l. 84/94 abbia generalmente considerato le due forme di concessione in esame quali espressioni di un unico istituto più generale⁵. Il che significa che, pur essendo rinvenibili evidenti difformità tra le due forme di concessione in parola, entrambe partecipano, sotto il profilo della relativa qualificazione giuridica, delle medesime difficoltà interpretative.

Il riferimento alla concessione di aree e banchine portuali ed alla concessione di realizzazione e gestione di opere collocate a mare non esaurisce, in realtà, il problema dell'inquadramento della concessione portuale, dato che, oltre alle due forme di concessione portuale indicate al primo comma dell'art. 18 l. 84/94, il legislatore ha previsto nello stesso articolo, due nuove ipotesi.

Con l'introduzione all'interno dell'art. 18 del co. 9bis⁶, è stato, infatti, previsto che «*le disposizioni del presente articolo si applicano anche ai depositi e stabilimenti di prodotti petroliferi e chimici allo stato liquido, nonché di altri prodotti affini, siti in ambito portuale*», mentre, ben più recentemente, è stato introdotto nello stesso art. 18 l. 84/94, ad opera del co. 5 dell'art. 57, dl 9 febbraio 2012, n. 5 (conv. nella l. 4 aprile 2012 n. 35), un art. 4bis che ha previsto che «*le concessioni per l'impianto e l'esercizio dei*

⁵ Così, ad esempio, G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, Milano, 2009, 58, che però si limita ad esaminare tale forma di concessione al fine più che altro di valutare se il mare territoriale possa o meno essere qualificato quale bene del demanio marittimo.

⁶ Aggiunto dall'art. 2, dl 21 ottobre 1996, n. 535, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 23 dicembre 1996, n. 647, con il quale è stata altresì introdotta la figura della concessione di realizzazione e gestione di opere collocate a mare.

depositi e stabilimenti di cui all'articolo 52 del codice della navigazione e delle opere necessarie per l'approvvigionamento degli stessi, dichiarati strategici ai sensi della legge 23 agosto 2004, n. 239, hanno durata almeno decennale»⁷.

L'introduzione di queste ultime previsioni, oltre a rivestire un'indubbia rilevanza operativa, estendendo il campo di applicazione della norma a due fattispecie aventi ad oggetto un'attività completamente diversa rispetto a quelle sopra indicate, porta a ritenere sempre che si sia acuita negli anni la tendenza del legislatore a considerare la concessione portuale, più che una particolare forma di concessione di beni del demanio marittimo diversa per natura e finalità perseguite dalla fattispecie generale ex art. 36 cod. nav., un istituto che si contraddistingue per l'ambito giuridico in cui opera (ossia, per l'appunto, il porto).

E ciò perché è possibile rilevare come le due ultime forme di concessione esaminate si caratterizzino non tanto per la loro peculiare condizione giuridica, quanto piuttosto per il solo fatto di essere rilasciate all'interno di aree del porto.

Sul punto, si tornerà comunque più approfonditamente in seguito.

2. La concessione di realizzazione e gestione di opere collocate a mare.

Appare invece necessario esaminare più attentamente, anzitutto, l'istituto della cd. "concessione di opere collocate a mare", previsto al co. 1, dell'art. 18 l. 84/94.

Questa forma di concessione portuale, non prevista nel testo originario dell'art. 18, è stata introdotta nella norma, modificandone il primo comma, con il dl n. 535/1996 (unitamente dunque alla figura prevista dal comma 9bis),.

Ad una prima lettura, essa potrebbe essere considerata come una forma particolare di "concessione di lavori pubblici"⁸. E ciò sembrerebbe trovare

⁷ Com'è noto, l'art. 52 cod. nav. prevede che «*le concessioni per l'impianto e l'esercizio di depositi e stabilimenti, i quali siano situati anche soltanto in parte entro i confini del demanio marittimo o del mare territoriale, ovvero siano comunque collegati al mare, a corsi d'acqua o canali marittimi, sono fatte a norma delle disposizioni del presente titolo. Per l'impianto e l'esercizio di stabilimenti o di depositi costieri di sostanze infiammabili o esplosive è richiesta inoltre l'autorizzazione del ministro dei trasporti e della navigazione. L'impianto e l'esercizio dei depositi e stabilimenti predetti sono sottoposti alle disposizioni di polizia stabilite dall'autorità marittima. L'impianto e l'esercizio dei depositi e stabilimenti di cui al secondo comma sono sottoposti inoltre alle speciali disposizioni in materia*».

⁸ Cfr. A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 105 ss. e 181 ss., con riferimento al mutamento della denominazione – da "concessione di costruzione e gestione" a "concessione di lavori pubblici", con incisivo impatto sulla giudice competente a conoscere del rapporto concessorio di lavori, si veda Cass. civ., Sez. Un., 27 dicembre 2011 n. 28804, esaminata più approfonditamente *infra*.

conferma ove si consideri che la disposizione in questione si riferisce espressamente alla *realizzazione e gestione* dell'opera collocata a mare: con ciò circoscrivendo il corrispettivo ambito di regolazione al momento dell'esecuzione dei lavori e della gestione dell'opera *de qua* realizzata quale controprestazione.

Qualora si accogliesse questa prospettiva, la forma di concessione di cui si discute ricadrebbe integralmente nella disciplina del codice dei contratti pubblici di cui al dlgs 163/2006.

Questa ricostruzione non sembra però persuasiva.

Ove si esamini in modo più approfondito la disposizione in questione, nel suo complesso, ci si avvede, infatti, che la sua finalità consiste in realtà nel regolare l'uso di un bene demaniale marittimo, in modo tale che le attività ivi contemplate rispondano alle esigenze cui il bene medesimo è destinato.

Sembra perciò più opportuno ritenere che, con l'introduzione della figura della concessione di realizzazione e gestione di opere a mare, l'obiettivo perseguito dal legislatore non consista in realtà nel permettere all'Autorità concedente di avvalersi semplicemente della figura della concessione di lavori per la realizzazione di una infrastruttura portuale, posto che una siffatta finalità sarebbe potuto essere perseguita a prescindere da questa specifica previsione⁹.

L'esigenza di una previsione *ad hoc* nell'ordinamento appare piuttosto dovuta al fatto che, allo stato, non si rinviene alcuna disposizione legislativa che consenta una capillare regolazione della gestione delle operazioni e dei servizi portuali da realizzare mediante la creazione (e la relativa gestione) di strutture a mare.

Si tratta dunque di una modalità con la quale l'Autorità competente cerca di organizzare le attività svolte nel perimetro di operatività dei porti: tant'è che lo stesso legislatore si è premurato di specificare che anche la concessione in esame, al pari delle altre forme di concessione portuale disciplinate dall'art. 18 l. 84/94, ricade nell'ambito portuale.

In tale prospettiva, la concessione portuale di cui si discute è dunque da intendersi come uno strumento le cui modalità sono previste *ex lege*, per l'uso del demanio pubblico. Ed, infatti, proprio per l'uso del demanio, la norma stabilisce la corresponsione in capo al concessionario di un canone: il che farebbe propendere per la sua configurazione quale concessione di un bene demaniale.

Parimenti, si ritiene di respingere anche una ricostruzione della concessione *de qua* quale forma di "concessione di servizi", nell'accezione

⁹ Essendo cioè per tale scopo sufficiente che l'Autorità portuale, una volta avvertitane l'esigenza, si avvallesse direttamente delle corrispondenti previsioni del codice dei contratti pubblici. E ciò senza contare che una tale previsione è in realtà già implicitamente contenuta al comma 4 dell'art. 18.

prevista dal dlgs 163/2006.

Ad una tale conclusione si giunge non solo perché la disciplina dell'art. 18 l. 84/94 appare volta essenzialmente a regolare l'uso dello spazio giuridico coincidente con i beni demaniali marittimi facenti parte dell'ambito portuale e non le attività svolte su di essi, ma anche perché l'oggetto principale della concessione in esame riguarderebbe comunque la gestione dell'opera realizzata dal concessionario.

Il che sembra escludere un suo possibile accostamento all'istituto della concessione di servizi¹⁰.

3. La concessione di aree demaniali e banchine comprese nell'ambito portuale.

La seconda figura prevista dal co. 1 dell'art. 18 l. 84/94 coincide con l'istituto identificato con l'espressione "*concessione di aree e banchine*", da cui la stessa rubrica della norma trae il nome.

Giacché prima si è solo accennato ai caratteri che sembrano contraddistinguere quest'ultimo istituto, così da differenziarlo dalla concessione di opere a mare, sembra qui opportuno soffermarsi nuovamente nel loro esame, in una prospettiva più sistematica.

Il primo elemento distintivo della figura in esame è rappresentato dal fatto che questa non può che realizzarsi sul suolo demaniale.

Ciò significa che non è possibile immaginare l'applicazione di tale figura in relazione ad aree che siano private per loro natura, salvo che non siano state previamente asservite ex art. 33 cod. nav., e fermo restando, comunque, che il limite di operatività delle concessioni resta l' "ambito portuale", come previsto dallo stesso art. 18 l. 84/94. Perciò qualsiasi concessione demaniale che non ricada all'interno di tale ambito non può soggiacere alla disciplina di cui trattasi.

Il secondo elemento distintivo dell'istituto consiste, invece, nel fatto che, a differenza della concessione di realizzazione e gestione di opere a mare, esso è diretto al solo espletamento delle operazioni portuali. Questo elemento pare avere due conseguenze di ordine generale: per un verso, che sono escluse dalla disciplina in esame le concessioni di beni del porto che non siano funzionali allo svolgimento di tali attività; per altro verso, che questa concessione è rivolta essenzialmente ai terminalisti, ossia a quei soggetti che operano in forma stabile all'interno del porto.

a) La prima questione è stata affrontata specificatamente dalla

¹⁰ Tesi sostenuta espressamente, pur con riferimento specifico alla sola concessione di aree e banchine (su cui v. *infra*) ad esempio, da C. INGRATOCCI, *La concessione di aree e banchine*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, V, 2007.

giurisprudenza amministrativa.

In particolare, essa trae origine dal fatto che se è indubbio che qualsiasi area data in concessione per finalità diverse a quelle indicate dall'art. 18 l. 84/94 dovrebbe essere regolata direttamente dall'art. 36 cod. nav., è invece da verificare l'ipotesi in cui oggetto di concessione siano le sole aree (ma non le banchine) destinate ad alcune operazioni portuali. Sul punto però la formulazione della disposizione di cui si discute, riferendosi indistintamente alle «*aree demaniali e le banchine comprese nell'ambito portuale*» non aiuta a dirimere la questione.

Il giudice amministrativo che si è incidentalmente pronunciato al riguardo, ha rilevato che «*le concessioni di cui all'art. 18 della legge del 1994 fanno riferimento, congiuntamente e non disgiuntamente, alle banchine ed alle aree portuali*»¹¹: con ciò dunque sostenendo che, ove la concessione abbia ad oggetto le sole aree e non le banchine, non debba trovare applicazione la norma in esame.

Tale interpretazione sembra cioè muovere dal presupposto che le operazioni da svolgere si riducano meramente alle sole attività di carico e scarico merci, omettendo però di considerare che devono includersi tra le operazioni portuali, ai sensi dell'art. 16 l. 84/94, anche «*il trasbordo, il deposito, il movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale*»: dunque, una serie di attività il cui svolgimento può prescindere dall'uso in concessione delle banchine.

La norma potrebbe essere considerata nei termini esposti dal Consiglio di Stato solo laddove si intendessero le operazioni portuali quale categoria unitaria: cioè, quale *unicum* non scorporabile nelle diverse attività elencate dall'art. 16. Si tratta però di un'interpretazione che non pare trovare appiglio nella disciplina.

b) Il secondo aspetto di rilievo attiene al fatto che la concessione in esame è rivolta essenzialmente ai soggetti terminalisti: il che assume particolare rilievo, ove si consideri che tale istituto è rivolto solo ad una determinata categoria di operatori del porto.

Si è in precedenza rilevato che l'esame condotto dalla dottrina sulle specifiche attività che vengono svolte dalle imprese all'interno del porto la ha portata a ritenere esistenti in tal contesto veri e propri segmenti di mercato contigui. Ora l'esistenza di diversi mercati nel porto implica la presenza di soggetti distinti che vi operano: dunque, non è un caso che si sia potuto ritenere possibile rinvenire, nella stessa l. 84/94, la disciplina di una «*pluralità di espressioni imprenditoriali*»¹².

La legge portuale rende, infatti, chiaramente distinguibili due categorie di imprese, ossia: quelle che operano “per conto proprio” e le imprese che operano “per conto terzi”.

¹¹ Così, Cons. St. n. 3235/2008.

¹² R. LONGOBARDI, *I porti marittimi*, Torino, 1997, 343.

Nella prima categoria rientrano le imprese definite “generaliste o terminaliste”, implicitamente disciplinate dall’art. 18 della l. 84/94, le quali si contraddistinguono per il fatto di: 1) essere ammesse allo svolgimento delle operazioni portuali «*a prescindere dalla natura personale o meno dell’interesse per il quale quelle operazioni vengono svolte*»; 2) esercitare qualsiasi attività tra quelle indicate nell’art. 16, co. 1 della l. 84/94, potendo così decidere di esercitarle contemporaneamente tutte, ovvero di specializzarsi su una o più di esse¹³; 3) svolgere attività su aree ricadenti nell’ambito portuale, espressamente ad esse riservate.

Tali imprese svolgono perciò un’attività produttiva a ciclo integrato e continuativo: in altri termini, esse svolgono cioè un’attività in grado di esaurire tutto il ciclo operativo che si collega con la partecipazione del vettore marittimo.

Alla seconda categoria sono invece riconducibili quelle imprese che svolgono in regime di autorizzazione, ai sensi dell’art. 16 l. 84/94, talune delle operazioni o servizi portuali in assenza di concessione di aree portuali¹⁴. Anche in questo caso, le imprese possono scegliere quali operazioni o servizi esercitare, fermo restando il potere dell’Autorità portuale di valutare discrezionalmente il programma di attività da esse presentato all’atto della richiesta di autorizzazione.

¹³ Va tuttavia rilevato che l’art. 4 dello schema di decreto attuativo dell’art. 18 l. 84 vieta, di fatto, alle imprese terminaliste di prescegliere solo alcune delle operazioni portuali previste dall’art. 16: ove si precisa «*su motivata richiesta dell’impresa concessionaria l’autorità concedente può consentire che per alcune attività comprese nel ciclo operativo, l’impresa concessionaria sia sostituita da altri soggetti muniti di propria autorizzazione. Possono altresì consentirsi concessioni limitate da distinte operazioni portuali, purché integrative di un ciclo operativo le cui fasi complementari siano svolte da soggetti titolari di autonoma autorizzazione e concessione*» (In dissenso, cfr. Pret. La Spezia, ord. 12 aprile 1996, *FI*, 1996 II, 676 cit. anche da Longobardi, *op. cit.*, 347).

¹⁴ Anche al fine di chiarire la figura dell’impresa, in specie dei «vettori marittimi» che svolgono operazioni portuali in regime di autoproduzione appare opportuno riportare l’art. 16, comma 4 della l. 84/96, secondo cui «*ai fini del rilascio delle autorizzazioni di cui al comma 3 da parte dell’autorità competente, il Ministro dei trasporti e della navigazione, con proprio decreto, da emanarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, determina: a) i requisiti di carattere personale e tecnico-organizzativo, di capacità finanziaria, di professionalità degli operatori e delle imprese richiedenti, adeguati alle attività da espletare, tra i quali la presentazione di un programma operativo e la determinazione di un organico di lavoratori alle dirette dipendenze comprendente anche i quadri dirigenziali; b) i criteri, le modalità e i termini in ordine al rilascio, alla sospensione ed alla revoca dell’atto autorizzatorio, nonché ai relativi controlli; c) i parametri per definire i limiti minimi e massimi dei canoni annui e della cauzione in relazione alla durata ed alla specificità dell’autorizzazione, tenuti presenti il volume degli investimenti e le attività da espletare; d) i criteri inerenti il rilascio di autorizzazioni specifiche per l’esercizio di operazioni portuali, da effettuarsi all’arrivo o alla partenza di navi dotate di propri mezzi meccanici e di proprio personale adeguato alle operazioni da svolgere, nonché per la determinazione di un corrispettivo e di idonea cauzione. Tali autorizzazioni non rientrano nel numero massimo di cui al comma 7*».

Un discorso a parte merita invece l'ipotesi in cui le imprese eseguano operazioni e servizi portuali in "regime di autoproduzione": si tratta, cioè, della fattispecie prevista dall'art. 16, co. 4, *lett. d)*, la quale stabilisce in capo al legislatore l'onere di stabilire, mediante emanazione di un apposito decreto¹⁵, *«i criteri inerenti il rilascio di autorizzazioni specifiche per l'esercizio di operazioni portuali, da effettuarsi all'arrivo o alla partenza di navi dotate di propri mezzi meccanici e di proprio personale adeguato alle operazioni da svolgere, nonché per la determinazione di un corrispettivo e di idonea cauzione»*.

Questa tipologia di autorizzazione si pone su un piano diverso rispetto alle autorizzazioni previste dall'art. 16 l. 84/94 per lo svolgimento "tradizionale" delle operazioni portuali, tanto che la medesima norma richiamata specifica che *«tali autorizzazioni non rientrano nel numero massimo di cui al comma 7»*.

Prevedendo così che le autorizzazioni rilasciate per lo svolgimento delle operazioni portuali in autoproduzione non ricadono nel limite di autorizzazioni massimo che le autorità portuali sono tenute a stabilire nei singoli porti.

4. Le altre forme di concessione previste dall'art. 18 l. 84/94.

L'art. 18 l. 84/94 prevede due ulteriori fattispecie di concessione portuale.

La prima, aggiunta nel 1996, ha trovato una sua collocazione al co. 9bis dell'art. 18, ove si è previsto che *«le disposizioni del presente articolo si applicano anche ai depositi e stabilimenti di prodotti petroliferi e chimici allo stato liquido, nonché di altri prodotti affini, siti in ambito portuale»*, mentre, più recentemente, è stato introdotto nell'art. 18, ad opera del co. 5 dell'art. 57, dl 9 febbraio 2012, n. 5 (conv. nella l. 4 aprile 2012 n. 35), il comma 4bis, che ha previsto che *«le concessioni per l'impianto e l'esercizio dei depositi e stabilimenti di cui all'articolo 52 del codice della navigazione e delle opere necessarie per l'approvvigionamento degli stessi, dichiarati strategici ai sensi della legge 23 agosto 2004, n. 239, hanno durata almeno decennale»*¹⁶.

¹⁵ Attualmente consistente nel d.m. n. 585/1995.

¹⁶ Com'è noto, l'art. 52 cod. nav. prevede che *«le concessioni per l'impianto e l'esercizio di depositi e stabilimenti, i quali siano situati anche soltanto in parte entro i confini del demanio marittimo o del mare territoriale, ovvero siano comunque collegati al mare, a corsi d'acqua o canali marittimi, sono fatte a norma delle disposizioni del presente titolo. Per l'impianto e l'esercizio di stabilimenti o di depositi costieri di sostanze infiammabili o esplosive è richiesta inoltre l'autorizzazione del ministro dei trasporti e della navigazione. L'impianto e l'esercizio dei depositi e stabilimenti predetti sono sottoposti alle disposizioni di polizia stabilite dall'autorità marittima. L'impianto e l'esercizio dei depositi e*

Benché tali forme di concessione siano state fatte ricadere nell'ambito di applicazione della disciplina della concessione portuale per il fatto di configurarsi, sostanzialmente, quale strumenti di utilizzazione di aree portuali, esse sembrano comunque presentate aspetti peculiari.

In particolare, con riferimento alla concessione relativa «*ai depositi e stabilimenti di prodotti petroliferi e chimici allo stato liquido, nonché di altri prodotti affini, siti in ambito portuale*», va detto che l'art. 16 co. 7bis, l. 84/94, introdotto contestualmente al co. 9bis dell'art. 18, prevede che «*le disposizioni del presente articolo non si applicano ai depositi e stabilimenti di prodotti petroliferi chimici allo stato liquido, nonché di altri prodotti affini, siti in ambito portuale*»: in relazione a tale ipotesi, il concessionario non ha dunque necessità di ottenere alcuna autorizzazione prevista per lo svolgimento di operazioni e servizi portuali.

La scelta del legislatore sembra piuttosto condivisibile, dal momento che la fattispecie in esame è del tutto diversa rispetto a quella regolata dall'art. 16 l. 84/94.

Con riguardo alla concessione prevista dal comma 4bis dell'art. 18, è, invece, necessario rilevare che in passato la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva ritenuto che l'atto con cui l'ente portuale concedeva ad imprese private «*una licenza per eseguire lavori di riparazione, demolizione e trasformazione di navi mercantili per conto di privati nelle rispettive officine entro la zona portuale va considerato, agli effetti dell'imposta di registro, come semplice autorizzazione amministrativa, e non come concessione di pubblico servizio*»¹⁷.

Dunque, sebbene sotto il solo profilo della disciplina fiscale, la Cassazione aveva ritenuto di inquadrare la fattispecie di cui si discute alla stregua di un'autorizzazione amministrativa (in contrapposizione ad un diverso inquadramento che la qualificava come una concessione di pubblico servizio) e non di una concessione demaniale.

Più recentemente il Consiglio di Stato ne ha invece sostenuto la natura di concessione di beni pubblici, a prescindere dalla natura dell'area – cioè demaniale o appartenente al patrimonio disponibile dello Stato – oggetto di concessione¹⁸: l'inserimento della figura in esame all'interno dell'art. 18

stabilimenti di cui al secondo comma sono sottoposti inoltre alle speciali disposizioni in materia».

¹⁷ Cass, 9 aprile 1954, n. 1136, in *Foro it.*, 1955, I, 222, in *Riv. dir. nav.*, 1955, II, 206 e Cass., 26 febbraio 1955, n. 581, in *Dir. mar.* 1956, 169: si trattava in entrambe le ipotesi di atti rilasciati dal Consorzio autonomo del Porto di Genova.

¹⁸ Cons. Stato Sez. VI, 18 dicembre 1992, n. 1142. In particolare, il Consiglio di Stato ha rilevato che «*spettano all'ente autonomo porto di Trieste i poteri pubblicistici inerenti all'emanazione dei provvedimenti di concessione previsti dal codice della navigazione ed, in particolare, i poteri previsti dall'art. 52 cod. cit. che assoggetta a concessione l'impianto e l'esercizio di depositi costieri anche nell'ipotesi che essi non insistano sull'area demaniale, purché siano comunque collegati al mare. Nel caso in cui l'area destinata ad accogliere un deposito costiero, pur non appartenendo a soggetti diversi dall'ente pubblico,*

della legge portuale sembra dunque potersi ritenere riconducibile a tale prospettiva.

Si aggiunge peraltro che, pur non essendo espressamente indicato dalla norma, neppure in tale caso il concessionario pare essere tenuto a conseguire preventivamente l'autorizzazione di cui all'art. 16 l. 84/94 per le operazioni ed i servizi portuali.

Le suindicate forme di concessione, oltre a rivestire un'indubbia rilevanza operativa, estendendo il campo di applicazione della norma a fattispecie aventi ad oggetto un'attività diversa rispetto a quelle originariamente previste dall'art. 18 l. 84/94, induce a ritenere sempre più acuita la tendenza del legislatore a considerare la concessione portuale, più che una particolare forma di concessione di beni del demanio marittimo diversa per natura e finalità perseguite dalla fattispecie generale ex art. 36 cod. nav., un istituto che si contraddistingue per l'ambito giuridico in cui opera (ossia, per l'appunto, il porto).

E ciò perché sembra lecito rilevare che le forme di concessione da ultimo introdotte si caratterizzino non tanto per la loro peculiare condizione giuridica, quanto piuttosto per il solo fatto di essere rilasciate all'interno di aree del porto.

5. La condizione giuridica della concessione portuale.

Dopo aver posto in evidenza i caratteri che contraddistinguono le singole forme di concessione portuale, occorre ora esaminare più da vicino la loro natura giuridica¹⁹.

appartenga al patrimonio disponibile dell'ente destinato ad assentire la concessione, l'attribuzione della medesima area ad un determinato soggetto costituisce il primo momento del complesso procedimento destinato a concludersi con l'emanazione della concessione, e ciò perché l'attribuzione di tale area condiziona in modo determinante l'assentimento della concessione, rendendo necessaria l'anticipazione, al momento di tale attribuzione, delle valutazioni che normalmente devono essere fatte nel concorso di più domande; pertanto, il relativo provvedimento costituisce anch'esso esercizio dei poteri concessori contemplati dall'art. 52 cod.nav. con la conseguente sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo. In base agli art. 37 e 52 cod.nav., in caso di concessione di deposito costiero, anche di sostanze infiammabili o esplosive, in presenza di pluralità di domande, la valutazione circa il più rilevante interesse pubblico connesso con l'uso in questione non può che passare attraverso una puntuale, analitica e specifica valutazione di tutti i progetti presentati dagli interessati per la realizzazione del deposito».

¹⁹ Come si evidenzierà anche nel testo, è necessario rilevare sin da ora che nell'esaminare la condizione giuridica della concessione portuale si farà riferimento soprattutto alla figura della concessione di aree e banchine, non solo perché quest'ultima rappresenta la principale forma di concessione portuale, ma anche perché le altre forme di concessione presentano molti punti in comune rispetto alla concessione di aree e banchine. Infatti, tale considerazione che vale per la concessione di costruzione e gestione di opere a mare, sembra valere a maggior ragione per le due nuove forme di concessione posto che queste, pur non essendo dirette espressamente allo svolgimento di operazioni e servizi portuali

È necessario premettere che, sebbene le figure esaminate differiscano tra di loro sotto taluni profili, pare comunque possibile svolgere una considerazione di ordine generale, in modo tale che l'esame della condizione giuridica della concessione portuale comprenda tutte le forme in cui essa si manifesta.

Peraltro, questa prospettiva non è priva di riscontro, ove si consideri che gli autori che hanno esaminato l'art. 18 l. 84/94 si sono sostanzialmente soffermati sulla sola figura della concessione di aree e banchine, senza operarsi, con riguardo all'aspetto di cui si discute, a distinguere tale tipologia rispetto alle altre previste dalla norma.

Ebbene, secondo l'inquadramento prospettato tradizionalmente dalla dottrina, questo istituto sarebbe riconducibile al genere delle concessioni di beni pubblici²⁰.

D'altra parte, tale concezione parrebbe trovare conferma non solo nei caratteri della figura in esame, che paiono riconducibili alla fattispecie generale di concessione, prevista dall'art. 36 cod. nav., ma anche nelle considerazioni esposte, proprio in relazione a tale figura, dalla dottrina precedentemente all'entrata in vigore dell'art. 18 l. 84/94, secondo cui, le concessioni alle imprese svolgenti operazioni portuali, rilasciate ai sensi degli artt. 111 cod. nav. e 201 reg. nav. mar. (ove considerate alla stregua di concessioni di aree portuali, appositamente attrezzate ai fini dell'esercizio di imbarco e sbarco) avrebbero dovuto essere ricondotte alla categoria delle cd. *concessioni di bene attrezzato o strumentali rispetto ai servizi*: cioè, ad una delle forme giuridiche cui la stessa dottrina aveva ripartito, in via generale, le concessioni di beni²¹.

Inoltre, come osservato, la riconduzione della concessione di aree e banchine al *genus* delle concessioni di beni «riflette uno dei fondamentali aspetti del rapporto intercorrente tra l'autorità portuale ed il terminalista, e comporta la costituzione del diritto di quest'ultimo sul bene demaniale»²², tanto che, con l'art. 18 l. 84/94 viene attribuito al concessionario il diritto di gestire le aree sulle quali lo stesso è autorizzato a svolgere le operazioni portuali, a fronte della corresponsione di un canone da versare all'Autorità concedente, secondo lo schema proprio della fattispecie generale di concessione qui in considerazione.

In tal quadro, il provvedimento di concessione rilasciato dall'Autorità in

(intesi ai sensi della l. 84/94), sono espressamente assimilate alla prima. Un'analisi più approfondita della disciplina della concessione portuale – intesa in senso lato – e dei numerosi problemi ad essa connessi verrà comunque svolta nel § IV.

²⁰ Così, in particolare, G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, Milano, 2009, 129, cfr. anche sul punto, G. TACCOGNA, *L'assentimento dei terminal portuali: riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni; procedure e criteri di aggiudicazione*, in *Quad. reg.*, 2009, V, 28, III, 953 ss.

²¹ F.A. QUERCI, *Diritto della Navigazione*, cit., 110.

²² G. TACCOGNA, *L'assentimento dei terminal portuali*, cit., 953.

favore del soggetto terminalista avrebbe dunque natura costitutiva, facendo sorgere in capo a quest'ultimo diritti e doveri «*creati ex novo, di cui non potrebbe essa stessa esser titolare, ma dei quali è riservata a essa la disposizione, trattandosi – per così dire – di settori posti sotto la «signoria» (il governo) dell'Amministrazione*»²³.

Ad avviso di altri, invece, la concessione portuale rappresenterebbe piuttosto «*una fattispecie tipica di concessione amministrativa di carattere traslativo, nel senso cioè che viene permessa l'utilizzazione in via esclusiva di un bene appartenente alla pubblica amministrazione che di esso permane sempre titolare*»²⁴: con ciò attribuendo valore specifico non tanto all'attività che il concessionario è tenuto a svolgere sulle aree concesse – attività il cui svolgimento è, come noto, precluso alle Autorità in forza dell'art. 6 l. 84/94 – bensì alla proprietà che del bene demaniale marittimo l'amministrazione conserva.

La riconduzione dell'istituto in esame all'ambito di tale categoria generale ha quale conseguenza che la concessione portuale partecipa anche degli stessi elementi che connotano proprio la concessione di beni demaniali marittimi. Ed in particolare, essa è riconducibile alla disciplina dell'art. 36 cod. nav.: con il risultato che la concessione in esame, come avviene per la figura più generale, non può essere rilasciata ove non sia compatibile con le esigenze del pubblico uso.

Sul piano sistematico, invece, la concessione portuale si caratterizzerebbe per il fatto di configurarsi come un provvedimento mediante il quale l'Amministrazione:

a) attribuisce ad un privato un vantaggio particolare (consistente nell'uso particolare) derivante da un bene pubblico sottratto all'uso generale degli altri operatori del porto;

b) imprime sul bene demaniale marittimo una specifica destinazione d'uso funzionale alla stessa attività del porto, inteso quale bene del demanio marittimo;

c) esercita un potere espressamente attribuitole dall'art. 18 l. 84/94.

In ossequio alla tradizionale configurazione della concessione di beni, il provvedimento dell'amministrazione deve inoltre essere seguito da una convenzione sottoscritta tra l'amministrazione stessa e l'impresa terminalista, diretta a regolare i rapporti tra le parti.

La ricostruzione giuridica in considerazione sembrerebbe, infine, in linea con la dottrina tradizionale sull'uso dei beni pubblici: basti, infatti, pensare

²³ Così, secondo la concezione tradizionale riferita da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Vol. II, Napoli, 1989, 623.

²⁴ G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, Milano, 2009, 129. D'altra parte, va ricordato che lo stesso Sandulli nel distinguere le tipologie di concessione amministrative in *traslative* e *costitutive*, annovera proprio tra le prime le «*concessioni di suolo pubblico*», v. ancora, sul punto, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 622.

che la concessione portuale ha ad oggetto una particolare utilizzazione del demanio marittimo, consistente nello svolgimento di specifiche attività nell'ambito del porto²⁵ ed è revocabile con atto discrezionale della amministrazione concedente, ove sopravvengano interessi pubblici, contrari alla sua prosecuzione.

Senonché, la riconduzione della figura in esame alla categoria delle concessioni di beni pubblici è parsa ad alcuni autori non del tutto soddisfacente²⁶.

In particolare, si è rilevato che non solo le modalità con le quali essa viene rilasciata sembrerebbero porla al di là di un semplice uso delle aree demaniali del porto, vincolando il concessionario ad una tipologia specifica di attività soggetta peraltro al controllo costante da parte delle Autorità portuali, ma la sua stessa funzione, per lo più circoscritta dalla normativa allo svolgimento delle operazioni portuali (ovvero ad usi specifici del bene concesso), parrebbe condurre l'interprete ad una diversa ricostruzione dell'istituto di cui si discute. Ricostruzione, che sarebbe diretta ad evidenziarne aspetti che la tradizionale prospettiva adottata dalla dottrina non sarebbe in grado di valorizzare.

In tal senso sembrerebbe deporre anche il fatto che al mero rilascio di aree collocate nell'ambito portuale si accompagna sovente la realizzazione di infrastrutture necessarie a svolgere l'attività oggetto della stessa concessione, il cui costo viene imputato direttamente in capo al concessionario, individuando quale corrispettivo il diritto della loro gestione da parte dello stesso concessionario, oltre ad una eventuale ponderazione del canone concessorio dovuto per l'uso delle aree concesse.

Il che sembra complicare la riconduzione *tout court* della figura in esame all'istituto della concessione di beni.

6. La concessione portuale nel porto-mercato.

6.1. Le perplessità emerse di fronte alla ricostruzione della concessione portuale quale forma di concessione di beni paiono anzitutto riconducibili al contesto di riferimento.

L'origine di una diversa concezione dell'istituto, rispetto a quella testè

²⁵ Potendo essere dunque pienamente annoverata tra le concessioni di beni pubblici, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, Vol. II, 673.

²⁶ In tal senso, cfr. G. TACCOGNA, *L'assentimento dei terminal portuali*, cit., 953; Del tutto contrari alla riconduzione della concessione portuale alla generale figura della concessione di beni demaniali marittimi sembrano, in particolare, essere C. INGRATOCCI, *La concessione di aree e banchine*, in *Riv. di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, Vol. 5, 2007 e M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario* Torino, 2001, 81 e F. PACCIANI - G. LOFFREDA, *Sulle modalità di affidamento in concessione delle aree del demanio marittimo all'interno dei porti commerciali*, in *Dir. trasp.*, 2009, 65 ss.

esposta, può cioè forse essere ricercata nel differente significato che ha caratterizzato l'idea di porto, sia nel diritto interno, in relazione alle considerazioni elaborate della dottrina, sia nel diritto europeo, con particolare riguardo alla prospettiva adottata dalla Commissione Europea nel settore portuale.

In precedenza, nel rilevare come il porto fosse considerato nell'ordinamento interno niente di più che un bene del demanio marittimo, si sono, infatti, ricordati i tentativi della dottrina di introdurre una ricostruzione giuridica diversa rispetto a quella tradizionale, ancorata all'elemento imprescindibile della demanialità. E, nel contempo, si è evidenziato come tali tentativi abbiano trovato linfa vitale nella concezione del porto proposta dal diritto europeo²⁷.

Sotto quest'ultimo profilo, è significativo, ai fini dell'inquadramento della concessione portuale, quanto sostenuto dalla Commissione Europea nella nota "*Comunicazione su una politica europea dei porti*", adottata il 18 ottobre 2007.

Nella Comunicazione, la Commissione si è, infatti, espressamente soffermata ad esaminare la questione dell'uso delle aree del porto destinate allo svolgimento di determinati servizi portuali, rilevando che *«nella maggior parte dei casi, l'accesso all'area portuale sulla terraferma è una condizione preliminare per la prestazione di servizi di movimentazione di merci. Questi servizi possono essere fondati su diversi dispositivi giuridici. Possono essere forniti direttamente dalle autorità portuali o da terzi, quali concessionari. Non esiste attualmente alcuna normativa comunitaria derivata relativa alle concessioni dei servizi nel settore portuale e delle altre installazioni di terminali»*.

In questo quadro, la Commissione, richiamando la propria precedente comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 2000²⁸, nella quale aveva avuto modo di rilevare che l'assenza di una normativa comunitaria in tema di concessioni, *«non significa, comunque, che le concessioni sfuggano alle norme e ai principi del trattato»*, ha soggiunto che *«in particolare, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha sottolineato che, quando uno Stato membro accorda concessioni di servizio che non rientrano nel campo della direttiva sugli appalti pubblici, le autorità pubbliche sono vincolate da un obbligo di trasparenza che comporta una pubblicità adeguata della loro iniziativa, una procedura equa e non discriminatoria, con possibilità di ricorso. Tale obbligo di trasparenza consiste nel garantire, nell'interesse di ciascun potenziale offerente, un grado di pubblicità sufficiente tale da permettere che la*

²⁷ Cfr. § II.

²⁸ Ci si riferisce alla nota "*Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*", pubblicata in Gazzetta ufficiale C 121 del 29 aprile 2000.

concessione sia aperta alla concorrenza e che sia possibile controllare l'imparzialità delle procedure d'aggiudicazione».

Ed alla luce di ciò, «la Commissione ritiene che il citato obbligo trova applicazione quando le autorità degli Stati membri decidono di affidare ad un terzo una parte del terreno portuale ai fini della prestazione di servizi di movimentazione merci. Il rispetto dell'obbligo di trasparenza non impedisce alle autorità portuali di stabilire criteri di selezione che rispecchiano la strategia commerciale e la politica di sviluppo di un determinato porto e sulla base dei quali verrà data la concessione. Inoltre, la Commissione ha sottolineato, in una comunicazione interpretativa, che l'obbligo di trasparenza discendente direttamente dal trattato CE si applica soltanto alle aggiudicazioni di appalti che hanno sufficiente rilevanza per il funzionamento del mercato interno e che la CGCE ha considerato che in singoli casi «a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato», un'impresa con sede in un altro Stato membro non avrebbe interesse all'aggiudicazione dell'appalto».

Nel testo della Comunicazione del 2007, la concessione portuale viene dunque ricondotta al *genus* della concessione di servizi. Ciò potrebbe indurre a ritenere che questa sia anche la corretta qualificazione dell'istituto, ove lo si consideri come uno strumento mediante il quale le Amministrazioni competenti affidano ad un determinato soggetto le attività da realizzare all'interno di uno spazio giuridico definito, coincidente con l'ambito portuale.

Tale conclusione non sembra però persuasiva²⁹.

Nella stessa Comunicazione, la Commissione Europea rileva che la concessione portuale è uno strumento attraverso il quale l'operatore a cui è stato consentito l'accesso alle aree del porto svolge determinate attività e servizi nel porto. Di conseguenza, la fase dell'attribuzione degli spazi entro i quali il concessionario opera assume un rilievo centrale ai fini della qualificazione dell'istituto.

Ciò però non significa che la prestazione dei servizi portuali debba necessariamente avvenire contestualmente all'attribuzione, in via esclusiva, del godimento di aree e banchine del porto, potendo l'operatore svolgere i medesimi servizi anche in assenza di un tale presupposto. A ben vedere, tale situazione si rinviene anche nella stessa l. 84/94, ove si consente ad un soggetto di espletare operazioni e servizi portuali una volta in possesso della autorizzazione prevista all'art. 16 della legge.

Questo sembra essere proprio l'approccio adottato dalla Commissione Europea nel regolare la materia: la concessione portuale cioè, nel momento in cui implica l'utilizzo, in via esclusiva, di aree e banchine portuali, non può prescindere dalla regolazione di tale aspetto, preliminare affinché

²⁹ Per una ricostruzione della figura della *port concession* tenuta in considerazione la dottrina internazionale sul punto si veda nello specifico il § V.

l'operatore espleti le proprie attività, mentre ove consiste nel mero affidamento di attività da svolgere nel porto, si qualifica alla stregua di una concessione di servizi.

È necessario precisare che le considerazioni formulate dalla Commissione Europea giungono alla fine di un percorso molto accidentato, contraddistinto dalla proposizione, da parte della stessa Commissione, di due diverse proposte di direttiva volte a regolare il settore portuale, mai approvate dal Parlamento Europeo: proposte, nelle quali si prevedeva che l'espletamento dei servizi portuali sarebbe stato possibile a seguito dell'ottenimento da parte degli operatori di una specifica autorizzazione³⁰.

La prospettiva adottata dalla Commissione nella Comunicazione del 2007 ha dunque due effetti:

(a) per un verso, si è ritenuto che lo strumento consigliabile per la regolazione delle operazioni portuali dovesse essere individuato nella figura della concessione di servizi, essendo quest'ultima uno strumento già ampiamente conosciuto dalle Corti europee e già espressamente sottoposto dalla stessa Commissione ai principi del Trattato;

(b) per altro verso, si è evidenziato come il rilascio della concessione portuale non determini solo in capo al concessionario l'attribuzione della facoltà di svolgere le attività richieste, ma possa implicare, in via preliminare, l'attribuzione di un'area del porto entro la quale tali attività debbono essere svolte.

Sotto quest'ultimo profilo, la Commissione ritiene però che, posto che sul punto sono registrabili discipline diverse da parte dei singoli Paesi europei, non sia possibile introdurre, sul piano della normativa europea, una specifica armonizzazione (né, del resto, vi sia un effettivo beneficio nel farlo) tra i regimi nazionali.

In realtà, l'approccio adottato dalla Commissione Europea sull'argomento non sembra molto distante rispetto a quello previsto nella legislazione italiana, ove si consideri che quest'ultima già prevede un duplice controllo – autorizzativo e concessorio – da parte delle Autorità portuali nei confronti delle imprese che intendano eseguire operazioni e servizi portuali.

Con la differenza che nella prospettiva europea l'affidamento di tali attività debba sempre avvenire mediante lo strumento della concessione, mentre l'ordinamento nazionale impone, ove esse siano svolte senza l'uso esclusivo di aree portuali, la sola autorizzazione.

6.2. L'inquadramento del porto, quale complesso di attività che l'amministrazione coordina nel rispetto della concorrenza tra i soggetti che vi operano, ha indotto parte della dottrina a ritenere che, in realtà, la concessione portuale avrebbe ad oggetto l'affidamento delle attività svolte

³⁰ Si v. il § V.

dal concessionario, piuttosto che il perimetro spaziale all'interno del quale esse sono realizzate³¹.

In particolare, la dottrina ha rilevato come la stessa formulazione dell'art. 18 l. 84/94 dia adito ad una ricostruzione in questi termini: essendo la norma in esame per lo più diretta a prevedere strumenti di controllo delle modalità di svolgimento delle operazioni portuali da parte dei concessionari, che non a regolare in modo specifico l'uso delle aree attribuite dalle Autorità in concessione.

Proprio in questo ordine di idee, si è perciò sostenuto che «*il ricorso al sistema del bando di gara per la selezione del concessionario, la assoluta preminenza delle previsioni del programma di attività ai fini della selezione – con particolare riferimento alla rispondenza alle previsioni di Piano Operativo Triennale –, l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la determinazione del canone rapportata al valore erariale del bene, rivelano la riconducibilità della fattispecie anche al modello delle concessioni di servizio, piuttosto che al tradizionale assetto della concessione di beni*»³².

Il medesimo approccio pare ritrovarsi anche in una parte della giurisprudenza interna.

Il Consiglio di Stato ha, infatti, avuto di recente modo di qualificare la concessione portuale quale “concessione di pubblico servizio”³³, pur ponendo a tale configurazione il duplice ed imprescindibile limite che la concessione sia specificatamente destinata allo svolgimento delle operazioni e dei servizi portuali e che le menzionate attività siano svolte nei confronti di soggetti terzi rispetto al concessionario³⁴: nella suindicata prospettiva cioè la concessione portuale dovrebbe essere considerata alla stregua di una concessione di pubblico servizio, ove sia diretta ad espletare un'attività a favore di terzi, e quale concessione di beni, ove l'attività sia svolta in proprio dal concessionario³⁵.

³¹ C. INGRATOCCI, *La concessione di aree e banchine*, cit.

³² *Ibidem*.

³³ Il che troverebbe supporto nella già richiamata prospettiva dottrinale sostenuta da F. PACCIANI - G. LOFFREDA, *Sulle modalità di affidamento in concessione delle aree del demanio marittimo all'interno dei porti commerciali*, cit., 65 ss.

³⁴ Cons. St., Sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3235.

³⁵ In particolare, il Consiglio di Stato ha osservato che «*né può essere utilmente invocata la disciplina concorsuale di cui all'art. 18 della legge n. 84 del 1994, dal momento che oggetto del presente giudizio sono concessioni di aree portuali sulle quali il privato concessionario è abilitato, con apposita autorizzazione, a svolgere attività nel proprio esclusivo interesse imprenditoriale e non si tratta, per contro, dell'affidamento al medesimo dei servizi portuali dalla norma stessa configurati e da svolgersi a favore di terzi e, dunque, di pubblici servizi in senso proprio, in relazione ai quali soltanto si configura l'esigenza di indire, per l'assegnazione, pubbliche gare, in conformità con la disciplina comunitaria disciplinante l'affidamento di pubblici servizi (non senza considerare, inoltre, che i titoli concessori attengono non alle banchine, ma ai soli piazzali ad esse retrostanti,*

Nel primo caso, la concessione si configurerebbe dunque quale strumento mediante il quale l'Autorità portuale regola lo svolgimento da parte dell'impresa terminalista di un intero ciclo delle operazioni portuali, a prescindere dal fatto che queste si svolgano sul suolo demaniale. Ed in tal quadro, l'uso dell'area demaniale assumerebbe una mera valenza preliminare ed accessoria rispetto al vero e proprio oggetto del rapporto concessorio, che invece attiene esclusivamente alla regolazione delle attività espletate dal concessionario.

In apparenza, la riconduzione della figura in esame alla categoria della concessione di servizi sembrerebbe effettivamente trovare riscontro nelle stesse concessioni rilasciate in favore degli operatori portuali, volte a regolare, più che la gestione dei beni concessi, le modalità di organizzazione dei servizi svolti.

Alla stessa considerazione si giunge se si considera che gli operatori portuali mostrano interesse non tanto per come debba essere gestita l'area su cui vengono realizzate le operazioni ed i servizi portuali, bensì per come tali attività sono regolate.

Senonché, le considerazioni sin qui riferite non paiono del tutto convincenti sotto il profilo giuridico.

1) In primo luogo, l'argomentazione esposta dal Consiglio di Stato sembra, infatti, sollevare qualche dubbio nel momento in cui fa discendere la natura della concessione portuale a seconda del fatto che essa sia diretta allo svolgimento delle operazioni portuali in conto proprio, oppure per conto terzi.

Tale considerazione, che riprende la previgente distinzione del cod. nav. in tema di rilascio dell'autorizzazioni/concessioni per l'espletamento di operazioni portuali da parte dell'operatore non trova, infatti, più riscontro nell'attuale disciplina portuale, che è invece fondata sulla (eventuale) duplice fase dell'autorizzazione allo svolgimento delle operazioni portuali ex art. 16 l. 84/94 e della concessione dei beni demaniali su cui svolgere dette attività ai sensi dell'art. 18 della medesima legge, a prescindere dal soggetto destinatario delle attività.

Ed anche ove si ritenesse possibile sollevare l'aspirante concessionario dal sottoporsi al duplice procedimento amministrativo – autorizzatorio e concessorio –, convogliando quest'ultimo in un unico procedimento, l'iter valutativo dell'amministrazione dovrebbe comunque includere tutti i requisiti imposti dalla normativa.

Sicché la ricostruzione proposta sembra da respingere.

2) Nè pare convincente la tesi che riconduce la concessione portuale alla "concessione di servizi".

È vero, infatti, che l'art. 18 l. 84/94 è diretto a regolare le attività

mentre le concessioni di cui all'art. 18 della legge del 1994 fanno riferimento, congiuntamente e non disgiuntamente, alle banchine ed alle aree portuali».

espletate dal concessionario e non la gestione delle aree su cui queste attività si svolgono, ma tale circostanza non pare dirimente ai fini della qualificazione dell'istituto in esame.

Nel testo della norma di cui si discute, la specifica regolamentazione delle attività portuali del concessionario sembra, infatti, più che altro funzionale a fornire all'Autorità i criteri necessari per verificare che dal bene demaniale attribuito in concessione sia ricavata la massima produttività, al fine di evitare che la concessione non sia ritenuta più conforme al perseguimento della finalità sottesa alle concessioni demaniali marittime, cioè "i pubblici usi del mare".

La finalità del controllo delle Autorità coincide cioè con l'esigenza che le attività svolte su aree del demanio marittimo debbano essere il più possibile rispondenti all'interesse pubblico, onde evitare che la sottrazione al pubblico uso del bene demaniale si converta nel vantaggio di uno e nel pregiudizio di tutti. Ed è proprio per tale ragione che l'Amministrazione è tenuta, mediante una verifica comparativa, ad individuare il soggetto migliore tra quelli che aspirano a divenire concessionari.

La necessaria connessione tra il servizio del concessionario e l'area sulla quale il servizio da questi svolto induce dunque a ritenere difficilmente condivisibile la proposta qualificazione dell'istituto in esame quale concessione di servizi.

La prospettiva sembra, infatti, piuttosto da capovolgere: la regolazione della concessione ex art. 18 l. 84/94 non si deve cioè ritenere sintomatica dell'esigenza dell'amministrazione di controllare le attività eseguite dal terminalista, bensì della necessità che tutte le attività che sono svolte su aree attribuite in concessione siano conformi al pubblico uso. Finalità che può però essere perseguita solo attraverso l'individuazione del soggetto più idoneo alle attività oggetto di concessione³⁶.

Il che fa ritenere non condivisibile l'equiparazione dell'istituto in esame con la figura della concessione di servizi.

7. Il problema dell'individuazione dell'elemento prevalente nella determinazione della tipologia di concessione.

7.1. Nell'esaminare la figura della concessione di opere costruite a mare si è evidenziato come l'art. 18 l. 84/94, sembrasse configurare tale tipologia

³⁶ Peraltro, ove si esaminino lo schema strutturale sotteso alla concessione sembrano emergere ulteriori ostacoli all'accoglimento della ricostruzione proposta: basti, infatti pensare al fatto che l'art. 18 prevede che l'amministrazione conceda l'uso di un'area demaniale solo a fronte della corresponsione di un determinato canone, il cui pagamento è conteggiato ai fini della sostenibilità del piano finanziario posto alla base della concessione stessa per dubitare della possibile riconduzione *tout court* della figura che ci occupa allo schema della concessione di servizi.

di concessione alla stregua di una speciale forma di concessione di lavori pubblici.

Il medesimo interrogativo si pone in realtà anche con riguardo alle altre forme di concessione portuale, atteso che il comma 5 dello stesso art. 18 prevede espressamente che «*le concessioni o gli accordi sostitutivi di cui al comma 4 possono comprendere anche la realizzazione di opere infrastrutturali*»: con ciò implicitamente aprendo alla possibilità che esse si possano ricondurre allo schema strutturale proprio della concessione di lavori pubblici³⁷.

Pur in assenza di una specifica indicazione normativa in proposito, si ritiene però che la previsione testè richiamata non conduca ad un'eventuale alterazione nella natura della concessione portuale, bensì solo ad un'integrazione della disciplina della l. 84/94 con quella prevista dal dlgs 163/2006: in questa prospettiva non sembrano, infatti, registrarsi limiti all'applicazione della disciplina del codice dei contratti pubblici alla figura della concessione portuale, salvo che ciò non si ponga in contrasto con le finalità perseguite dalla norma, nonché con la disciplina specifica prevista da quest'ultima.

D'altra parte, si deve notare che il citato comma 5 dell'art. 18 non fa specifico riferimento alla figura della concessione di lavori ma solo alla possibilità che la concessione portuale includa «*la realizzazione di opere infrastrutturali*»: per tale ragione, nell'ambito del rapporto concessorio possono essere incluse clausole dirette a regolare la realizzazione di lavori di infrastrutturazione delle banchine non solo mediante l'affidamento di concessioni di lavori, aventi ad oggetto la gestione delle opere realizzare, ma anche di appalti pubblici, il cui corrispettivo può essere imputato al momento della determinazione del canone concessorio.

Il che però certamente non trasforma la concessione portuale in un appalto di lavori pubblici³⁸.

7.2. In realtà, le considerazioni svolte si collocano al di là del problema qualificatorio dell'istituto in esame, ricollegandosi a questioni di ordine più generale.

Il tema sembra cioè riguardare, anzitutto, la corretta individuazione dei margini entro i quali collocare la figura della concessione di beni pubblici rispetto ad altre figure concessorie, anch'esse di quotidiano utilizzo nella prassi, quali la concessione di servizi e di lavori. Si tratta di una questione

³⁷ Dubbi in proposito sono espressi, ad esempio, da G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., il quale richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia che verrà in seguito esaminata.

³⁸ Basti, infatti, considerare che il confine tra concessione ed appalto è stato chiaramente delineato dalla giurisprudenza europea, nonché da quella nazionale sia con riguardo alla concessione di lavori pubblici, sia con riferimento alla possibile sovrapposizione tra concessione ed appalto di servizi.

che era stata già avvertita in passato, sebbene non fosse stata oggetto di un diffuso approfondimento³⁹, tanto che la scienza giuridica formatasi sull'argomento si era limitata a rilevare come le figure ricondotte al *genus* della concessione amministrativa, benché accumulate dall' «effetto ampliativo della sfera giuridica del destinatario, tratto comune ma generico», si configurassero per lo più quali «*fattispecie eterogenee, da vari punti di vista*»⁴⁰.

In questo contesto, v'era, in realtà, già stato chi aveva sollevato il problema in modo più critico.

In particolare si era sostenuto che, premesso che «*tutti i beni pubblici presentano delle utilitas che possono formare oggetto di concessione a terzi*», siffatte “*utilitas*”, tuttavia, «*non possono essere funzionalmente omogenee*», dato che «*per alcune di tali categorie l'aspetto funzionale è netto in quanto le concessioni di beni sono funzionalizzate a servizi complementari che l'amministrazione intende ricevere o vuole offrire al pubblico*». E, «*quando si incontrano situazioni di questo tipo occorre distinguere: se l'attività che si svolge nei luoghi attrezzati è anche attività della amministrazione, si è in presenza di un ufficio pubblico conferito ad imprenditore, ossia domina l'aspetto di concessione di servizio, onde il godimento del contratto di servizio: si conferisce il servizio con la sua sede tecnica e/o amministrativa; non v'è concessione di beni, anche se talora l'apparenza è in tal senso. Se invece l'attività svolta dal terzo – di regola un imprenditore – non è dell'amministrazione (...) si ha una concessione di beni, ma vincolati ad una destinazione che il concessionario non può mutare, in quanto l'interesse pubblico su cui la concessione si fonda non è il bene come tale, ma il servizio che il concessionario rende, all'amministrazione o a terzi, attraverso il bene*»⁴¹.

La questione che si era posta consisteva dunque nell'esigenza di

³⁹ Della questione v'è, infatti, solo una traccia marginale anche nelle voci enciclopediche e nei lavori monografici dedicati alla concessione amministrativa. A riguardo, si vedano, infatti, F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, voce dell'*Enciclopedia del Diritto*, Annali I, Milano, 2007, 250 - 277; D. SARACE - C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, III, 301 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, 1981, dello stesso Autore, vedasi anche *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, vol. VII, Roma 1988, 1.

⁴⁰ D. SARACE - C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, cit., 301. In questo senso M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 72-73, aveva, in particolare, evidenziato che «è la plurivalenza del termine «concessione» che ha generato confusione, e ciò in buona parte proviene dalla tradizione dottrinale, di cui da noi fu il maggior esponente Ranalletti, che unificava nelle concessioni sia le concessioni di beni che quelle di servizi, scorrendo l'elemento comune nell'attribuzione a privati di diritti che per lo loro natura ai privati non spetterebbero. La giurisprudenza ancor segue in buona parte tale impostazione. Laddove oggi si propende a ritenere che le concessioni di servizi sono dei modi di organizzazione dei servizi pubblici, che sono servizi pubblici in senso soggettivo».

⁴¹ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 347-348.

distinguere tra la figura della concessione di servizi pubblici e quella della concessione di beni pubblici, sul presupposto che quest'ultima si risolveva, in sostanza, non tanto nell'uso del bene concesso, quanto nella regolazione delle attività che su tale bene – ed attraverso lo stesso – il concessionario era in grado di esercitare.

Che vi sia una divergenza tra le figure di cui si discute sembra oltretutto testimoniato dai più recenti studi attinenti alla natura ed all'evoluzione dell'istituto della concessione di beni pubblici che, infatti, non appaiono interessati ad esaminare la possibilità che tale forma di concessione possa essere “confusa” con altre⁴²; con ciò implicitamente aderendo alle considerazioni tradizionali della dottrina, secondo cui, l'uso del termine “concessione” sarebbe diretto ad indicare istituti in realtà profondamente differenti l'uno dall'altro.

Senonché, la questione in esame è stata recentemente sollevata avanti le corti nazionali.

In particolare, il giudice amministrativo, chiamato recentemente a dirimere talune controversie che presupponevano proprio la risoluzione del problema del corretto inquadramento della concessione amministrativa, nei termini sopra delineati, ha sostenuto che la distinzione tra le figure di concessione di beni, servizi e lavori pubblici dovrebbe essere intesa nei termini seguenti⁴³:

a) anzitutto, la Corte ha rilevato che la concessione di beni pubblici ha ad oggetto lo sfruttamento, per l'appunto, di un “bene pubblico”, diretto al perseguimento di una finalità meramente imprenditoriale *«da parte del concessionario di un bene demaniale, in cui la valutazione dell'Amministrazione attiene al diverso profilo della scarsa utilità che essa trarrebbe dallo sfruttamento a fini pubblicistici del bene, a fronte di un interesse del privato a trarne profitto»*.

⁴² B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 7.

⁴³ TAR Torino, Sez. II, 30 gennaio 2007, n. 450. La medesima considerazione, benché più sfumata, è rinvenibile in Cons. St., Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 591, con cui, sostenendo la competenza del giudice ordinario a conoscere del rapporto originato dalla sottoscrizione di una concessione di lavori pubblici, rileva la differenza tra quest'ultima e le figure di concessione di pubblici beni e di pubblici servizi con queste parole: *«reputato quindi che, per effetto delle non equivoche disposizioni di legge che, nel quadro normativo sopravvenuto al quello tenuto presente dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione citata dall'appellante, assimilano la concessione di lavori pubblici all'appalto dei lavori pubblici, non coglie nel senso la prospettata riconduzione della fattispecie in giudizio alla concessione di beni pubblici (art. 133, comma 1, lett. b del codice del processo) ovvero alla concessione di servizi pubblici (art. 133 comma 1, lett. c della medesima normativa processuale); Reputato, in particolare, che l'inquadramento della fattispecie debba essere effettuato con riguardo al suo profilo prevalente rappresentato dalla richiamata qualificazione in termini di fattispecie pattizia finalizzata alla realizzazione di un'opera pubblica - remunerata (anche o solo) dalla relativa gestione - e non come concessione di un bene pubblico contro il pagamento di un corrispettivo variamente determinato»*.

b) ciò vale a distinguerla dalla concessione di servizi e di lavori, in cui «l'attività che il privato è chiamato a esercitare potrebbe essere svolta anche dall'ente pubblico, ove questi ne avesse la capacità organizzativa e finanziaria, essendo ad essa sotteso un interesse pubblico (che, nel caso della concessione, si concilia con l'interesse del privato concessionario che ne trae la sua remunerazione), a differenza che nel mero sfruttamento del bene pubblico»⁴⁴.

c) in tal quadro, benché sia la concessione di servizi sia quella di lavori siano caratterizzate «dal fatto che il concessionario trae il proprio profitto, totalmente o almeno in prevalenza, non dall'ente concedente, ma dai ricavi che derivano dalla gestione dei lavori pubblici realizzati ovvero del servizio pubblico reso, il tratto differenziale, invece, è costituito dal fatto che nella concessione dei servizi pubblici la gestione assume una posizione centrale nel regolamento contrattuale e ne è l'oggetto, pur potendo essere previsti dei lavori da eseguire; nella concessione di costruzione e gestione di lavori, la gestione costituisce il corrispettivo per la realizzazione degli stessi, ma non è l'oggetto del contratto»⁴⁵.

Il tentativo chiarificatore operato dal Giudice amministrativo pare evidenziare una certa preoccupazione nel trovare un criterio di distinzione condiviso, in assenza di un appiglio normativo, valevole a distinguere tutte le figure in esame, ove nella prassi si presenti un dubbio circa l'effettivo inquadramento giuridico dell'operazione che i soggetti coinvolti intendono realizzare.

E la stessa preoccupazione si mostra altresì nel momento in cui si deve tentare un soddisfacente inquadramento giuridico della concessione portuale, dal momento che l'attività del legislatore interno sembra porre in discussione le convinzioni più radicate in merito ad una reale distinzione tra le forme di concessione amministrative di cui si discute: basti, infatti, pensare alla formulazione del già richiamato dl. 5 ottobre 1993, n. 400 (ora l. 4 dicembre 1993, n. 494), che riconduce alle concessioni demaniali marittime, dunque, apparentemente ad una delle fattispecie più tipiche di concessione di beni pubblici, diverse tipologie di concessione di cui è in realtà dubbio un siffatto inquadramento.

Con ciò, aprendo ad ipotesi ricostruttive che, sul piano sistematico, sarebbero state forse in precedenza escluse.

8. La prospettiva europea sulle concessioni amministrative.

La suesposta questione è stata sollevata anche in seguito all'introduzione, nel diritto interno, della disciplina di matrice europea in materia di contratti pubblici.

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ *Ibidem.*

Si tratta, come noto, del regime volto a regolare le procedure di affidamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché delle cd. concessioni di costruzione e gestione, successivamente denominate “concessione di lavori pubblici”, in modo da porre un freno alla costante elusione della disciplina degli affidamenti dei contratti tra privati ed amministrazioni⁴⁶.

Nell’ambito della disciplina in esame, la figura della “concessione amministrativa”, in un primo tempo esclusa da tale regolamentazione⁴⁷ anche in relazione alle difficoltà di un’armonizzazione tra i differenti regimi dei Paesi europei, ha, in seguito, trovato progressivamente spazio, fino ad ottenere una sua puntuale regolazione dapprima nelle direttive europee e, di conseguenza, nel recepimento che di queste ultime è stato compiuto nel diritto nazionale.

L’approccio che ha ispirato l’elaborazione di quest’ultima disciplina appare però radicalmente diverso rispetto a quello tradizionalmente posto alla base dello studio della concessione, riconnettendosi ad esigenze differenti: cioè, com’è stato recentemente rilevato, al fatto che *«la figura ha un importante ruolo in seno alla sfera economica, non solo aprendo la via allo svolgimento da parte dei privati di attività imprenditoriali, ma soprattutto introducendo incentivi (...) o barriere (o, più correttamente, richiedendo il superamento di una barriera) per quello svolgimento. Mediante la scelta (...) che sta a monte della concessione (...), più in particolare, l’amministrazione esprime il rilevante potere di caratterizzare un mercato, definendo di conseguenza un numero limitato di posizioni che poi mette “in palio” a favore dei privati»*⁴⁸.

La prospettiva posta alla base della disciplina di stampo europeo è

⁴⁶ Per un inquadramento generale della figura della concessione di costruzione e gestione si veda M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, 1993, I, 445, ove l’Autore ricorda come *«la concessione di opere pubbliche risale allo scorso secolo, ed aveva trovato una sua ultima redazione nella l. 1929 n. 1137 (...) si distingueva la concessione di sola costruzione avente ad oggetto la sola realizzazione dell’opera, dalla concessione di costruzione e gestione, che si usava per chi fosse già gestore di pubblico servizio – ente pubblico o concessionario – o per chi stesse per divenirlo a seguito della effettuata costruzione dell’opera»*; A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, I, Napoli, 1989; per una più recente ricostruzione, A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L’appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 105 ss. e 181 ss., secondo cui *«nella concessione di costruzione e della gestione dell’opera (...) lo Stato o altro ente pubblico (soprattutto territoriale) concede ad un soggetto estraneo alla sua organizzazione) altro ente pubblico o soggetto privato) la gestione di un pubblico servizio ed insieme la costruzione dell’opera all’uopo necessaria»* (cfr. 105); E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 205, 591; C. PIACENTINI, *La concessione di lavori pubblici dopo la “Merloni-ter”*, in *Urb. App.*, 1999, 365 ss., nonché E. ROBALDO, *Commento all’art. 19*, in AA.VV., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, Milano, 479.

⁴⁷ A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L’appalto di opere pubbliche*, cit., 181.

⁴⁸ Così, F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir., Annali*, Vol. I, Milano, 2007, 259 ss

dunque indubbiamente incardinata nell'esigenza di una complessiva regolazione delle modalità di accesso dei privati al mercato dei contratti pubblici nel rispetto, soprattutto, dei principi di massima concorrenza e trasparenza che devono sussistere nel rapporto tra gli aspiranti concessionari e le amministrazioni concedenti.

Pur essendo stato già autorevolmente rilevato che non sarebbe possibile ritenere che tale impianto normativo si rifletta sul dibattito dottrinale in merito alla natura giuridica delle concessioni⁴⁹, pare tuttavia difficile ignorare il dato normativo che costituisce la disciplina positiva di un determinato istituto, nel momento in cui si cerchi di fornire un inquadramento giuridico dello stesso.

La questione meriterebbe indubbiamente un approfondimento specifico, che, tuttavia, esula dall'oggetto della presente ricerca: ci si può perciò limitare ad alcune considerazioni generali che sembrano integrare bene gli estremi della questione.

A tal fine, è necessario esaminare rapidamente la disciplina del dlgs n. 163/2006 - nella parte in cui fornisce una definizione delle concessioni da esso regolate - avendo tale testo recepito nell'ordinamento nazionale la Direttiva 2004/17/CE e della Direttiva 2004/18/CE, con le quali è stato introdotto il regime di coordinamento delle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, rispettivamente, nei cd. settori speciali e cd. nei settori tradizionali.

In particolare, si rileva che le procedure ad evidenza pubblica previste nel dlgs n. 163/2006 sono volte a tutelare la concorrenza nei rapporti che intercorrono tra privati e la pubblica amministrazione, con riguardo ai *«contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori»* (art. 3, co. 3 del codice).

L'art. 3, comma 11 del codice definisce le concessioni di lavori pubblici quali *«contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice»*.

Mentre in forza del successivo co. 12 dell'art. 3 del codice, la

⁴⁹ R. VILLATA, *I servizi pubblici*, Milano 2008, 106.

concessione di servizi⁵⁰, viene intesa come quel «*contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30*».

Laddove quest'ultima norma, dopo aver escluso, al co. 1, l'applicazione delle disposizioni del codice a tale istituto prevede al comma successivo, che «*nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare*».

Si tratta di disposizioni esaminate approfonditamente dalla scienza giuridica, che non ha mancato di evidenziare gli aspetti problematici ad esse sottese⁵¹.

Ciò che però è qui di interesse è il fatto che, mentre, come visto, le concessioni di lavori e di servizi hanno trovato spazio nella disciplina del codice dei contratti, seppure con una certa differenza, non v'è alcuna disposizione nel codice (e, di riflesso, nelle direttive europee) dedicata, in via generale, alla concessione di beni pubblici, benché una previsione in questo senso potrebbe forse risultare utile a districarsi nell'eventualità in cui tale figura possa incidentalmente essere confusa con le altre due, invece espressamente contemplate.

Tale circostanza, che è il risultato della difficile composizione delle diverse realtà che residuano all'interno dei Paesi europei in ordine

⁵⁰ Da non confondere con la concessione di servizi pubblici: così, F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., 259 ss. e, in modo diffuso, R. CORI, *La concessione di servizi*, in www.giustamm.it.

⁵¹ Con riguardo al rapporto tra le concessioni di lavori e di servizi, nonché rispettivamente tra appalti di lavori e di servizi si rimanda alla nota Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitari (2000/C 121/02) del 12 aprile 2000, nonché, per quanto attiene al recepimento in Italia delle considerazioni espresse dalla Commissione nella citata Comunicazione, alla altrettanto nota Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie, 1 marzo 2002, n. 3944 sulle Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori (cd. "Circolare Buttiglione"). Tra i commenti numerosissimi della dottrina, si v., in particolare, C. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2000, 12, 1253 ss., nonché, *Le concessioni di servizi pubblici: la «circolare buttiglione» e gli orientamenti comunitari e nazionali*, *Giornale Dir. Amm.*, 2002, 9, 1005 ss., ove si fornisce un quadro delle direttive contenute nei provvedimenti in questione.

all'esistenza di un regime dei beni pubblici, oltre a porre taluni dubbi di ordine operativo, solleva una serie di obiettive difficoltà di carattere sistematico.

Sono soprattutto due le questioni principali che si pongono in relazione all'omesso riferimento alle concessioni di beni demaniali da parte del codice dei contratti pubblici:

(i) la prima questione attiene all'inquadramento giuridici che è possibile ricavare dall'istituto della concessione di beni;

(ii) la seconda questione verte, invece, sulla eventuale determinazione del criterio che consente di distinguere la concessione di beni, dalle altre forme di concessione, nell'ipotesi in cui la fattispecie esaminata presenti caratteri sovrapponibili a queste ultime.

Quest'ultimo problema si palesa, infine, duplice: da un lato, consiste cioè nell'individuare quale sia il criterio sostanziale di distinzione tra le forme di concessione; per altro verso, riguarda il giudice competente a conoscere del rapporto concessorio.

Occorre dunque, anche in questo caso, procedere partitamente.

9. L'inquadramento giuridico della concessione di beni pubblici.

9.1. Il primo problema che si pone attiene all'inquadramento giuridico della concessione di beni pubblici⁵².

Si è già visto che, secondo la ricostruzione giuridica formulata dalla dottrina, questo istituto, che si può configurare quale "concessione di beni demaniali" – nelle sue diverse espressioni di concessioni di beni marittimi, idrici, stradali – o quale "concessione di beni del patrimonio indisponibile" – ossia, foreste, miniere, cave e torbiere – attiene, più che al bene in sé, all'*utilitas* che il beneficiario della concessione stessa può trarre sul bene concesso⁵³.

E si è altresì sottolineato, nel contempo, come, diversamente dalle figure della concessione di servizi e di lavori pubblici, con riferimento alla concessione di beni pubblici non sia in realtà possibile, allo stato, rinvenire nell'ordinamento interno una corrispondente qualificazione giuridica specifica, a ciò non potendo soccorrere le disposizioni presenti nel codice dei contratti pubblici.

Tale situazione ha contribuito a far sì che la dottrina prevalente appaia tuttora orientata a considerare l'istituto in esame alla stregua di un provvedimento a cui accede una convenzione attuativa sottoscritta tra amministrazione e privato, secondo la tradizionale ricostruzione giuridica

⁵² Sull'evoluzione delle diverse forme di concessione di beni pubblici si rinvia, in particolare, alla recente e completa opera di B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008.

⁵³ Cfr. F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., 262.

della “concessione-contratto”⁵⁴.

Ciò, sebbene non manchino in dottrina posizioni favorevoli alla “despecializzazione del demanio”⁵⁵ e dunque alla possibilità che una siffatta forma di concessione possa essere direttamente qualificata alla stregua di un vero e proprio contratto, come già è peraltro avvenuto nel caso delle concessioni di lavori e di servizi pubblici⁵⁶.

Dello stesso avviso si è dimostrata anche la giurisprudenza prevalente, che ha rilevato come la tesi della natura provvedimentale della concessione di beni troverebbe conferma nel fatto che alla base di tutte le scelte di gestione dei beni pubblici adottate dall’amministrazione residua in capo a quest’ultima un *potere autoritativo*, che discende dal fatto che essa è tenuta, in relazione all’uso di tali beni, a perseguire la *massimazione dell’interesse pubblico*⁵⁷. E, per tale ragione, rappresenterebbe dunque una manifestazione di tale potere non solo il momento in cui l’amministrazione attribuisce la concessione al privato, ma anche laddove essa ravvisi gli estremi per revocarla.

Con ciò escludendo la possibilità di rinvenire nella corrispondente relazione tra concedente e concessionario il formarsi di un qualsivoglia rapporto di tipo negoziale compiuto.

9.2. In tal quadro, si osserva, il fatto che la concessione di beni pubblici non trovi una sua precisa collocazione nell’ambito della regolazione del

⁵⁴ L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. ROVERSI MONACO - F. G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2006, 957.

⁵⁵ M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 101 ss.

⁵⁶ Così, rileva anche M. D’ALBERTI, *Concessioni amministrative*, cit., 1.

⁵⁷ In particolare, v. Cons. Stato Sez. V, 13 gennaio 1998, n. 63, secondo cui «*poiché la p.a. concedente è tenuta ad utilizzare i beni pubblici perseguendo la massimizzazione dell’interesse pubblico, essa compie una scelta di tipo autoritativo non solo quando dà un proprio bene in concessione, ma anche quando valuta che il bene stesso non possa essere più usato dal concessionario e, per l’effetto, faccia venir meno il rapporto concessorio*»; nello stesso senso, v. anche ad es. Cass. civ., Sez. Un., 19 febbraio 1999, n. 79. Più recentemente, cfr. Tar Lecce, Sez. I, 10 maggio 2012, n. 820, nonché Tar Roma, Sez. II ter, 21 giugno 2011, n. 5535 secondo cui «*i beni patrimoniali indisponibili, al pari di quelli demaniali, attesa la comune destinazione alla soddisfazione di interessi pubblici possono essere attribuiti in godimento a privati - quale che sia la terminologia adottata nella convenzione ed ancorché essa presenti elementi privatistici - soltanto nella forma della concessione amministrativa. La quale, anche quando si configuri come “concessione-contratto” - vale a dire come combinazione di un negozio unilaterale autoritativo (atto deliberativo) della p.a. e di una convenzione attuativa (contratto) - implica pur sempre l’attribuzione al privato di un diritto condizionato che può essere unilateralmente soppresso dall’amministrazione stessa con la revoca dell’atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico: di conseguenza, una volta emesso il relativo provvedimento amministrativo, con l’intimazione della restituzione del bene, la posizione del privato stesso degrada ad interesse legittimo ed è suscettibile di tutela davanti al g.a. e non in sede di giurisdizione ordinaria*».

codice dei contratti non esclude però che la regolazione del rapporto ad essa sotteso possa essere concertato tra l'amministrazione concedente ed il soggetto privato concessionario.

A prescindere dalla qualificazione giuridica che può essere attribuita al tipo di rapporto che intercorre tra Amministrazione e privato sulle modalità con le quali le parti regolano la gestione di un rapporto, sembra innegabile che l'Amministrazione, allorché attribuisce un bene pubblico in concessione con un privato, possa "contrattare" con quest'ultimo i termini della utilizzazione del bene stesso. In tal senso è stato, infatti, osservato come sia necessario constatare che, in questo contesto, resta «*il dato indiscutibile fornito dall'apparenza, la quale rende riconoscibili queste evenienze come contratti, accordi, convenzioni intercorsi tra Amministrazione pubblica e privati in relazione a beni che non sono nella disponibilità dei privati stessi (...) e che debbono necessariamente essere orientati verso obiettivi di pubblico interesse*»⁵⁸.

Infine, l'introduzione nell'ordinamento interno della previsione di cui all'art. 11 l. 241/90⁵⁹, che ha consentito all'Amministrazione di pervenire, nell'ambito di un procedimento già avviato, ad un accordo con il privato, attraverso l'adozione di due distinti, ma complementari, modelli - i cd. "accordi sostitutivi del provvedimento" e i cd. "accordi procedurali" -, «*ha eliminato in radice ogni dubbio sull'ammissibilità di accordi tra Amministrazione pubblica e privati che abbiano ad oggetto l'esecuzione di funzioni pubbliche*».⁶⁰

Di tali strumenti l'Amministrazione può avvalersi anche nel caso in cui essa intenda attribuire, in concessione, il godimento un bene pubblico ad un privato.

Rispetto alle figure della concessione di servizi e di lavori, disciplinate dal codice dei contratti, la concessione di beni pubblici, strutturata nella veste degli accordi previsti dall'art. 11 l. 241/90 si presenta diversa dovendo essere necessariamente: (a) conclusa solo nell'ambito di un procedimento amministrativo; (b) posta in essere sempre «*nel rispetto del pubblico interesse*» e (c) «*senza pregiudizio dei diritti dei terzi*»⁶¹. Ora esula certamente dalla presente ricerca un approfondimento delle diverse teorie che la dottrina ha elaborato in ordine alla natura degli accordi previsti dalla

⁵⁸ L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. ROVERSI MONACO - F. G. COCA, *Diritto Amministrativo*, cit., 1615.

⁵⁹ Come noto, l'art. 11 l. 241/90 regola la stipulazione da parte dell'amministrazione di "accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento", prevedendo, in particolare, che questa «*può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*».

⁶⁰ ID., 1703.

⁶¹ E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 9 ss.

suindicata norma⁶², teorie che riflettono peraltro una diversa e spesso contrapposto teorica del rapporto tra “autorità” e “consenso”⁶³: basti sul punto rilevare che, recentemente, la l. 6 novembre 2012, n. 190 ha previsto al co. 2 dell’art. 11, che «*gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell’articolo 3*».

Con ciò facendo presumibilmente emergere, ma il condizionale pare d’obbligo, la volontà del legislatore a tenere comunque distinta, in qualche modo, la figura degli accordi di cui si discute rispetto alla disciplina del codice civile in tema di contratti. E così allontanando ulteriormente la fattispecie riconducibile alla norma in esame rispetto alle analoghe figure del dlgs 163/2006.

10. I problemi di qualificazione della concessione di beni nel diritto nazionale.

Alla questione della determinazione dell’inquadramento giuridico della concessione di beni pubblici si lega altresì il problema della definizione del suo ambito di operatività.

Come noto, è principio insindacabile in materia quello in forza del quale l’uso di beni del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato o dei comuni è sempre riconducibile, ove non risulti diversamente, alla figura della concessione-contratto, atteso che il godimento dei beni pubblici deve essere consonante alla loro destinazione consistente nella diretta realizzazione di interessi pubblici.

Viceversa, ove si tratti di beni del patrimonio disponibile dello Stato o dei comuni, il cui godimento è stato concesso a terzi dietro corrispettivo, al di là del *nomen iuris* che le parti contraenti abbiano dato al rapporto, viene a realizzarsi lo schema privatistico della locazione⁶⁴.

⁶² Su cui si rinvia, senza pretesa di completezza, ai noti contributi di F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, cit., nonché, dello stesso Autore, *Concessioni, contratti e beni pubblici*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione (a cura di A. Police)*, Milano, 2008, 493 ss. ed, infine, in modo più sistematico, *L’accordo sostitutivo*, Padova, 1998; inoltre, si v. sull’argomento, G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano 1996 ed, inoltre, per una ricostruzione completa e sintetica delle teorie formulate sul tema, E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit., 1 ss.; R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano 1985, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

⁶³ Si veda sul punto, L. BENVENUTI, *Diritto e amministrazione*, Torino, 2012, 217 ss., secondo cui sarebbe ormai indubbia l’assimilazione tra questi ultimi ed i contratti di diritto privato. In senso opposto, si esprime, invece, F. G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 431 ss.

⁶⁴ In questo senso si è recentemente espresso Tar Lombardia Milano Sez. IV, 7 marzo 2012, n. 763, anche in relazione al giudice competente nelle diverse ipotesi considerate, il quale ha osservato che «*solo l’attribuzione a privati dell’utilizzazione di beni del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato o dei comuni è sempre riconducibile, ove non*

Tale principio, seppur in astratto mai messo in discussione, non è però privo di ripensamenti, ove si considerino anche le recenti stimolazioni provenienti dalla Corte di Cassazione, proprio sotto il profilo del rapporto tra la classificazione del bene e lo strumento predicabile in relazione allo stesso bene.

10.1. Una prima indicazione in tal senso è ricavabile dal complesso di decisioni adottate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶⁵, in relazione alla nota vicenda attinente alla condizione giuridica delle valli da pesca⁶⁶.

Ci si riferisce in particolare a quella parte delle sentenze considerate ove le Sezioni Unite hanno rilevato che *«là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del dominium romanistico*

risulti diversamente, alla figura della concessione-contratto, atteso che il godimento dei beni pubblici, stante la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere legittimamente attribuito ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene, entro certi limiti e per alcune utilità, solo mediante concessione amministrativa, con la conseguenza che le controversie attinenti al suddetto godimento sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, quando non abbiano ad oggetto indennità, canoni ed altri corrispettivi. Qualora, invece, si tratti di beni del patrimonio disponibile dello Stato o dei comuni, il cui godimento sia stato concesso a terzi dietro corrispettivo, al di là del nomen iuris che le parti contraenti abbiano dato al rapporto, viene a realizzarsi lo schema privatistico della locazione e le controversie da esso insorgenti sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario». Così, anche Cass. civ., 23 dicembre 1998, n. 12831, secondo cui i negozi relativi all'uso di beni del demanio pubblico non possono dar luogo che ad atti di concessione, revocabili e perciò incompatibili con la disciplina delle locazioni degli immobili urbani.

⁶⁵ Si tratta di: Cass., Sez. Un. 16 febbraio 2011, nn. 3811, 3812 e 3813; ID., Sez. Un. 18 febbraio 2011 nn. 3936, 3937, 3938 e 3939.

⁶⁶ La vicenda è stata oggetto di numerosissimi ed approfonditi studi da parte della dottrina: tra i più rilevanti, si ricordano M. OLIVI, *La condizione giuridica delle valli salse da pesca a sessant'anni dal codice della navigazione (nota a Tribunale Venezia – Sez. stralcio, 10 maggio 2004, n. 883, 15 dicembre 2003, n. 3220, 31 marzo 2003, n. 786)*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, n. 4/2004, 244 ss. e, *ivi*, A. SCHIAVON, *Le acque della Serenissima: diritti privati e ragioni pubbliche nella legislazione veneziana*, 235 ss. Per un commento sulle decisioni delle Sezioni Unite della Cassazione, si v. in particolare, F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 11, 1170; sul punto, si v. altresì C. MORGANA CASCIONE *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. It.*, 2011, 12; si veda anche la nota di commento alla analoga Cass. civ. Sez. Unite, 18 febbraio 2011, n. 3938, sempre in *Giur. It.*, 2011, 12, nonché T. GRECO – M. GRECO, *La storia immutata delle valli da pesca dalla Serenissima ad oggi*, in *Corriere Giur.*, 2011, 6, 799.

e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini. In questa prospettiva, il bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice, quanto piuttosto per essere fonte di un beneficio per la collettività, sino ad ipotizzare casi di gestione patrimoniale dei beni pubblici (come la loro alienazione e cartolarizzazione)».

Nell'iter logico-giuridico della Corte di Cassazione, un determinato bene può cioè essere considerato pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice civile, bensì in quanto strumentalmente preordinato alla realizzazione degli interessi pubblici: in una prospettiva sistematica, ciò potrebbe dunque significare tanto che un bene classificato come demaniale in realtà può non essere preordinato al soddisfacimento di tali interessi, quanto che un bene patrimoniale disponibile viceversa li persegua.

Ma se così è, dovrebbe venir meno l'esigenza che l'attribuzione dell'uso di un bene classificato come demaniale (o patrimoniale indisponibile) avvenga esclusivamente mediante lo strumento della concessione, in quanto a quest'ultima si ricorre proprio solo nel caso in cui il godimento dei beni pubblici sia consonante alla loro destinazione consistente nella diretta realizzazione di interessi pubblici.

(a) In questo senso, si è, infatti, pronunciato il Tar Liguria in una recente decisione.

Il caso esaminato dal Tar verteva sulla legittimità di una procedura, indetta dalla Società Porto Antico Spa, concessionaria dell'area demaniale e partecipata dal Comune, dall'Autorità Portuale e dalla Camera di Commercio di Genova, avente ad oggetto l'individuazione del conduttore degli immobili - che insistevano sul demanio marittimo dell'area portuale di Genova - da destinarsi a cinema multisala.

Nel dichiarare inammissibile il ricorso proposto per carenza di giurisdizione, il Giudice amministrativo rilevava che ad una siffatta conclusione avrebbe condotto (oltre alla "natura privatistica della concessionaria") il fatto che «*il contratto di locazione, oggetto della domanda di declaratoria d'inefficacia, esorbita, ai sensi dell'art. 133 lett e) n. 1, d.lgs. n. 104/1, dalle categorie negoziali tipizzate devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*».

E, soprattutto, la circostanza per cui, premesso che «*(almeno parte de)gli immobili che sono alloggiati nell' area demaniale portuale, quelli per cui è causa (...) non sono stati destinati al soddisfacimento di esigenze di pubblico interesse: con la sola prescrizione della valorizzazione patrimoniale dell'asset immobiliare, anche la destinazione commerciale è senz'altro consentita (...)*» trovano qui applicazione i principi esposti dalla

«Suprema corte che, in ordine all'effettivo regime pubblicistico dei beni demaniali, opera una netta distinzione fra "una visione prettamente patrimoniale-proprietaria ed una prospettiva personale-collettivistica" (cfr., Cass. sez. un. 16 febbraio 2011 nn. 3811, 3812 e 3813; ID., sez. un. 18 febbraio 2011 nn. 3936, 3937, 3938 e 3939)».

Con il che, «gli immobili, pur facenti parte del demanio marittimo, che hanno (ricevuto in forza di atti o provvedimenti) destinazione commerciale, ossia, per impiegare la categoria concettuale coniata dalla Cassazione, che sono strumentali all'esercizio d'attribuzioni dominicali dell'ente pubblico, non sono tout court assorbiti nel regime pubblicistico strettamente demaniale»⁶⁷.

La decisione, ove si consideri che essa verte su di una subconcessione di un bene demaniale, non rileva tanto in sé: basti, infatti, rilevare che la Cassazione in una più risalente sentenza⁶⁸ aveva già chiarito che un concessionario, se autorizzato dall'amministrazione concedente, può dare in uso a terzi terreni demaniali o locali facenti parte del demanio sia mediante locazione, sia in subconcessione, differenziandosi i due strumenti sotto il profilo causale, proprio per il fatto che solo in quest'ultima l'attribuzione in uso del bene al terzo tende a perseguire l'interesse pubblico del bene. Interesse che va desunto da tutte le clausole contrattuali che impongano obblighi contrattuali nei confronti del subconcessionario⁶⁹.

Ciò che però appare di rilievo è il fatto che a questa conclusione il Tar sia giunto muovendo da un'argomentazione svincolata dal ruolo del subconcessionario, attribuendo dunque una valenza più generale alle conclusioni esposte⁷⁰.

(b) La suindicata distinzione posta dalle Sezioni Unite in relazione al regime dei beni pubblici è stata ripresa in occasione di un'altra decisione adottata dal Tar Liguria, avente ad oggetto il rilascio di una concessione ex art. 18 l. 84/94⁷¹.

In tale circostanza, il Tar ha rilevato che «nella nuova tassonomia dei beni pubblici, è fuori di dubbio che le aree portuali hanno una finalità

⁶⁷ Tar Liguria, Genova, Sez. II, 15 giugno 2011, n. 939: la decisione è stata successivamente confermata da Cons. St., Sez. 6, 20 marzo 2012, n. 1574, che però non si è pronunciata sul punto.

⁶⁸ Cass. civ., 26 aprile 2000, n. 5346.

⁶⁹ V. sul punto anche Cass. civ., 17 gennaio 2007, n. 972 e Cass. civ., 11 febbraio 2005, n. 2852.

⁷⁰ Ad una conclusione analoga era giunta Corte di Cassazione, Sez. V trib., 25 luglio 2001, n. 10097, che aveva ritenuto applicabile alla concessione di beni demaniali disposta dal Consorzio Autonomo del Porto di Genova (ora Autorità portuale), configurando tale concessione un atto negoziale di locazione in quanto riconducibile agli atti di pertinenza del Consorzio «in veste di consegnatario e gestore e che esprimono un momento tipico delle sue incombenze di natura imprenditoriale».

⁷¹ Tar Liguria, Genova, Sez. II, 24 maggio 2012, n. 747.

produttiva. Tant'è che l'attività economica e imprenditoriale, in misura preponderante rispetto al regime demaniale, conforma la disciplina portuale: "l'incremento dei traffici e la produttività del porto", nella formulazione espressa all'art. 18, comma 6, l.cit, sono i principi che indirizzano l'attività di regolazione demandata all'Autorità portuale. L'appartenenza pubblica al demanio portuale delle aree in concessione, secondo il dato positivo appena richiamato, per riprendere la perifrasi impiegata dalla Suprema corte, è pertanto strettamente inerente al "perseguimento della relativa funzione e dei relativi interessi ad essa collegata" (Cass. sez. un., 14 febbraio 2011 n. 3665)»⁷².

Questa considerazione, che riecheggia le tesi elaborate più di cinquant'anni fa dal Benvenuti⁷³, porta cioè a ritenere che le aree portuali debbano essere considerate alla stregua di beni pubblici non tanto perché attratte dal regime normativo del porto, laddove viene espressamente elencato tra i beni demaniali, quanto piuttosto perché esse, per carattere loro intrinseco, non possono che perseguire la finalità propria di un bene pubblico che, trattandosi di beni demaniali marittimi, coincide con lo scopo di perseguire i pubblici usi del mare.

Il che significa che, a prescindere da qualsivoglia classificazione normativa, la concessione amministrativa non può che essere l'unico strumento mediante il quale l'amministrazione attribuisce il godimento di aree e banchine portuali.

10.2. Di recente, il rapporto tra concessione e locazione di beni è stato esaminato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione anche sotto un diverso profilo⁷⁴.

La fattispecie, in cui la Cassazione si è trovata a decidere in merito al giudice competente a decidere una vertenza, riguardava proprio la necessità di qualificare il rapporto intercorso tra un'amministrazione ed un privato, riconducendolo nell'ambito della concessione di beni, o del contratto privato di locazione.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Cassazione, il Comune di Mantova sottoscriveva una convenzione con una Cooperativa avente ad oggetto la concessione in uso di uno stabile adibito a centro socio educativo,

⁷² A ciò peraltro aggiungendo che «sul piano sistematico, quanto ai profili specificamente giuridici, è paradigmatico l'art. 1, 18° comma d.l. n. 194 del 2009 convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2010 n. 25, che, con riguardo al demanio marittimo ed alle modalità d'accesso alle concessioni da parte degli operatori, in attesa della revisione della legislazione in materia, predica il rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti».

⁷³ F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo fra passato e futuro*, in *Riv. Dir. nav.*, 1965, I, 154 ss.

⁷⁴ Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 5 dicembre 2011, n. 25927.

nell'ambito di un appalto relativo alla erogazione di servizi socio assistenziali che vedeva la stessa Cooperativa nel ruolo di appaltatore. Successivamente, alla scadenza del suddetto contratto, l'Azienda sanitaria locale della Provincia di Mantova approvava la convenzione con la cooperativa per il periodo compreso tra il 1 aprile 2000 e il 31 dicembre 2002, che aveva ad oggetto l'espletamento, da parte della Cooperativa, del servizio socio assistenziale direttamente erogato a favore dell'Azienda sanitaria locale.

Al fine di consentire alla Cooperativa il godimento dell'immobile per l'erogazione del servizio, essa concludeva con il Comune di Mantova un differente accordo, in data 25 gennaio 2001, con decorrenza retroattiva dal 31 luglio 2000, con il quale il Comune concedente si obbligava alla consegna dell'immobile alla cooperativa, dietro corrispettivo annuale di lire 30 milioni.

Per effetto di tale nuovo accordo la Cooperativa "concessionaria" assumeva la figura di consegnataria del bene ed il rapporto di concessione in uso in essere tra le parti era poi proseguito in forza di successivi atti di rinnovo del contratto, così come era proseguito il rapporto tra la Cooperativa ricorrente e l'Azienda sanitaria locale della Provincia di Mantova. Ad un dato momento, la Cooperativa chiedeva al Comune la riqualificazione del rapporto intercorrente in ordine al godimento dell'immobile in termini di contratto di locazione ad uso diverso dall'abitazione, con conseguente applicazione della L. n. 392 del 1978 - che avrebbe comportato la proroga della scadenza del contratto. Tale richiesta veniva però disattesa dal Comune che negava la sussistenza del rapporto di locazione ed intimava alla Cooperativa il rilascio dei locali alla data di scadenza.

A fronte di ciò, la Cassazione rilevava come *«il rapporto intercorso tra la Cooperativa ricorrente e il Comune di Mantova non possa essere in alcun modo qualificato come di locazione, non solo e non tanto perché così non è stato qualificato dalle parti, ma perché il godimento dell'immobile è stato strettamente collegato e strumentale rispetto all'espletamento del servizio assistenziale, oggetto del rapporto principale, dalla stessa ricorrente qualificato come di concessione»*.

Soggiungendo che *«la giurisdizione si determina sulla base della domanda ma, a tal fine, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il cosiddetto petitum sostanziale, il quale va identificato (...) soprattutto in funzione della causa petendi »*⁷⁵.

⁷⁵ In senso analogo aveva concluso in precedenza anche la Corte di Cassazione, Sezione penale, Sezione Sezioni Unite, 11 luglio 2009, n. 15381, la quale aveva ritenuto che *«è consolidato, nella giurisprudenza di legittimità, il principio secondo cui nell'ipotesi in cui la ASL abbia affidato ad un privato la gestione del servizio di bar all'interno di un ospedale pubblico, il rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato, avendo ad*

Nel caso richiamato, la Cassazione risolve perciò la questione del giudice competente a decidere della controversia non sulla base della tipologia del bene interessato, bensì della natura del rapporto oggetto del giudizio. In particolare, il rapporto viene cioè qualificato come concessione di beni pubblici sul presupposto specifico che tale strumento è diretto ad attribuire al concessionario un bene preordinato esclusivamente allo svolgimento di un servizio pubblico⁷⁶.

oggetto un'attività da svolgersi all'interno di locali facenti parte della struttura immobiliare ospedaliera (come tale destinata a pubblico servizio e perciò rientrante tra i beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 830 cod. proc. civ.) può trovare titolo solo in un atto consessorio, potendo tali beni essere trasferiti nella disponibilità di privati, per usi determinati, solo mediante concessioni amministrative, con la conseguenza che le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cass. sez. un. 14 novembre 2003, n. 17295; 12 giugno 1999, n. 327; 21 luglio 1998, n. 7131; 29 marzo 1994, n. 3075). Ne consegue che risulta irrilevante il nomen iuris (nella specie "contratto di locazione") che concretamente le parti hanno dato all'atto con il quale è avvenuto l'affidamento dei locali in questione».

⁷⁶ M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione, rapporti collegati e concentrazione delle tutele*, in *Giur. It.*, 2012, 6, secondo l'aspetto più specifico della pronuncia in esame è «il criterio adottato per pervenire ad una qualificazione "pubblicistica" del rapporto, nel senso che si tratti di una concessione di beni pubblici e non di un mero contratto di locazione. Quello tra concessione e contratto è certamente uno dei terreni tradizionali ove, anche ai fini della giurisdizione, si consuma con un certo grado di problematicità lo scrimen tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato, che si tratti della distinzione tra concessione e contratto di appalto o appunto tra concessione e contratto di locazione. Nel caso di specie, una Cooperativa godeva di un immobile messo a disposizione da un Comune e funzionalizzato allo svolgimento di un servizio socio-assistenziale attribuito, alla stessa Cooperativa, da un'Azienda sanitaria locale. La Cassazione ha ritenuto che si trattasse di «concessione» di beni pubblici, con conseguente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ex art. 133, lett. b), c.p.a.), proprio in ragione di tale nesso funzionale: «Perché il godimento dell'immobile è stato strettamente collegato e strumentale rispetto all'espletamento del servizio assistenziale, oggetto del rapporto principale». Il giudice della giurisdizione attenua così un certo schematicismo che sembrava emergere dalla propria giurisprudenza, e cioè il precedente ricorso ad una rigida bipartizione che non parte da un'indagine sul contenuto del rapporto, bensì pregiudizialmente dalla tipologia del bene pubblico sul quale il rapporto va a cadere. Data una certa categoria di bene, la qualificazione è vincolata in senso pubblicistico (per i beni demaniali e del patrimonio indisponibile) o privatistico (per i beni del patrimonio disponibile). Un orientamento analogo era già rinvenibile nella giurisprudenza amministrativa. Si adotta lo stesso impianto, anzi, sul presupposto dell'impossibilità di una rivalutazione sostanziale del rapporto, il mancato rispetto di quella bipartizione diviene persino motivo di illegittimità, sicché, per il patrimonio «disponibile», l'utilizzo della concessione «si risolve, in fondo, nella elusione delle norme inderogabili poste dal diritto privato», così come, per i beni demaniali e del patrimonio indisponibile, «devesi dubitare della legittimità di rapporti locatizi». Ma, al contempo, si configura un punto di allentamento della bipartizione che non mette certo in discussione la primarietà del criterio della natura del bene, bensì ne relativizza il carattere esclusivo: se per i beni demaniali e del patrimonio indisponibile il mezzo pubblicistico è inderogabile, non altrettanto inderogabile è il mezzo privatistico per i beni del patrimonio disponibile, atteso che tale normale correlazione «non impedisce all'amministrazione di attribuire il

In tal quadro, viene meno qualsiasi attribuzione giuridica preventivamente individuata per il bene, essendo rilevante solo il fine che l'amministrazione pubblica persegue, allorché attribuisce ad un privato il godimento del bene stesso⁷⁷. La decisione solleva dunque ancora il problema della determinazione dei confini di applicazione della concessione di beni pubblici rispetto all'affine istituto, di matrice privatistica, del contratto di locazione.

In più, essa pone l'ulteriore questione dell'assimilazione tra concessione di beni e di servizi pubblici quale fattore determinante nella distinzione rispetto alla locazione.

11. La qualificazione della concessione di beni nel diritto europeo.

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è cimentata con il problema della natura della concessione di beni demaniali, nonché del corrispondente ambito di applicazione.

In particolare, la Corte ha, per un verso, analizzato il rapporto tra concessione di beni pubblici e contratto di locazione di beni immobili, seppure sotto il profilo circoscritto dell'inquadramento giuridico dell'istituto in esame ai soli fini del previsto trattamento fiscale; per altro verso, ha esaminato l'incidenza della natura del bene pubblico rispetto alla regolazione delle attività che su di esso possono essere svolte, ai fini di un'eventuale deroga del regime della concorrenza.

*godimento del bene al di fuori dei moduli privatistici quando ciò sia necessario, o anche semplicemente opportuno, per la realizzazione di obiettivi pubblici di più ampio respiro. In tali eventualità, infatti, l'assegnazione del bene potrebbe costituire una delle prestazioni che caratterizzano il rapporto amministrativo considerato (si potrebbe indicare l'ipotesi di un'assegnazione in godimento di beni al gestore di un'opera o di un servizio pubblico. È appunto in questa direzione che motu proprio sembra andare la decisione in commento. La Cassazione non parla né di beni demaniali, né di beni del patrimonio indisponibile — altrimenti la qualificazione concessoria sarebbe emersa de plano —, bensì evidentemente di beni del patrimonio disponibile che, nell'occasione, sono tuttavia funzionalizzati alla gestione di un servizio pubblico. Anzi, il giudice della giurisdizione sembra ulteriormente allargare la valenza del momento teleologico, non costituendo ostacolo l'asimmetria soggettiva dei rapporti, quello servente, facente capo al Comune, quello servito, facente capo all'Asl». V. a commento della medesima sentenza, anche la breve nota di G. DE MARZO, *Concessioni pubbliche, Urb. e app.*, 2012, 3, 317*

⁷⁷ In termini analoghi si è espressa ancor più di recente la stessa Corte di Cassazione a Sez. Un., 21 luglio 2011, n. 15980, rilevando espressamente che «per costante giurisprudenza di queste Sezioni Unite, i rapporti in questione, avendo ad oggetto un'attività che deve svolgersi all'interno di locali destinati a pubblico servizio e, per tanto rientranti nel patrimonio indisponibile dell'ente proprietario, hanno natura concessoria e come tali sono devoluti, in caso di controversia, alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi della L. n. 1034 del 1971, art. 5, come novellato dalla L. n. 205 del 2000 (in tal senso SU. 1.7.09 n. 15381, conf. in precedenza, 17295/03, 327/99, 7131/98, 3075/94, nonché la recentissima n. 18679/11, pronunciata in un giudizio vertente tra le medesime odierne parti)».

a) Con riferimento al primo caso, è di particolare interesse un giudizio che ha riguardato proprio le istituzioni italiane.

In tal caso, la Corte di Cassazione aveva investito la Corte di Giustizia della domanda di pronuncia pregiudiziale circa *«l'interpretazione dell'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari»*⁷⁸.

La domanda era stata sollevata nell'ambito di una controversia attinente alla regolarità fiscale di fatture relative all'IVA, emesse nei confronti di una Società dal Consorzio Autonomo del Porto di Genova per la concessione di zone del demanio marittimo destinate allo stoccaggio, alla lavorazione ed alla movimentazione di oli minerali. Nel ripercorrere le vicende di causa, la Corte di Giustizia rileva che:

- la Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia nell'accogliere la tesi della concessionaria aveva ritenuto che *«le concessioni di beni demaniali, a differenza delle vere e proprie locazioni di immobili, non potrebbero considerarsi né cessioni di beni, né prestazioni di servizi ai sensi della legislazione in materia di IVA, e pertanto non sarebbero assoggettabili a tale imposta»*;

- la Corte di Cassazione nel sollevare la questione pregiudiziale aveva invece rilevato come *«secondo l'amministrazione tributaria italiana, quando la concessione, come è avvenuto nel caso di specie, sia stata affidata da un ente portuale, e non dall'autorità marittima, un tale atto deve considerarsi come esercizio di attività d'impresa stante il carattere industriale e commerciale dell'ente in questione»* e *«pur essendo il rapporto tra concedente e concessionario costituito da un atto amministrativo unilaterale, discrezionale e autoritativo, tale atto presuppone, indefettibilmente, una manifestazione di volontà dell'interessato, diretta ad ottenere la concessione. La regolamentazione del rapporto tra ente concedente e concessionario è affidata ad una convenzione bilaterale»*.

- inoltre lo stesso Giudice del rinvio aveva escluso *«che, allo stato dell'ordinamento nazionale, le concessioni di beni del demanio portuale*

⁷⁸ Corte di Giustizia, Sez- II, 25 ottobre 2007 nel procedimento C-174/06 Ministero delle Finanze-Ufficio IVA di Milano/ CO.GE.P. Srl. In particolare, la questione pregiudiziale sollevata dalla Cassazione era stata formulata in questi termini: *«se il conferimento ad un soggetto del diritto di usare in modo, anche esclusivo, un bene pubblico, senza prestazione di servizi di carattere prevalente su quello di consentire l'uso del bene, per un periodo determinato e dietro corrispettivo d'importo assai inferiore al valore del bene, conferimento posto in essere, su domanda dell'interessato, da un ente pubblico che esercita un'impresa, attraverso l'emanazione di un atto amministrativo, come avviene nella concessione di beni demaniali disciplinata dal diritto nazionale, anziché con un contratto, costituisca un'ipotesi di locazione di beni immobili esente da IVA, secondo la previsione dell'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva [77/388/CEE]»*.

possano considerarsi «servizi portuali»».

- infine, «dalla decisione di rinvio risulta che, secondo la giurisprudenza della Corte suprema di cassazione (sentenze 26 maggio 1992, n. 6281, e 25 luglio 2001, n. 10097), nonostante la loro natura amministrativa, gli atti di concessione di beni demaniali, quando siano emanati da enti portuali, non sono riconducibili nello schema della concessione pubblicistica di diritto di uso esclusivo su tali beni. Infatti, nella misura in cui gli atti di cui trattasi rientrano nell'ambito dell'attività economica svolta dagli enti in parola, essi vengono espressamente assimilati ai contratti di locazione di beni immobili nonostante il loro diverso regime giuridico. Ne consegue pertanto che le concessioni di beni demaniali devono ritenersi operazioni soggette ad IVA»⁷⁹.

Ed alla luce delle suindicate circostanze, la Corte ha pertanto ritenuto che: *«l'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva dev'essere interpretato nel senso che un rapporto giuridico quale quello in discussione nella causa principale, nell'ambito del quale ad un soggetto è concesso il diritto di occupare e di usare, in modo anche esclusivo, un bene pubblico, specificamente zone del demanio marittimo, per una durata limitata e dietro corrispettivo, rientra nella nozione di «locazione di beni immobili» ai sensi di detto articolo»⁸⁰.*

Per quanto sia limitata alla determinazione del regime di applicazione

⁷⁹ Tale considerazione, a ben vedere, si può ricollegare alla più recente (e sopra citata) decisione del Tar Liguria n. 939/2012.

⁸⁰ Per quanto maggiormente interessa, ai fini dell'adozione della decisione, l'iter logico-giuridico seguito dalla Corte di Giustizia si snoda attraverso questi tre punti principali:

(1) *«per quanto riguarda la questione se il rapporto giuridico in discussione nella causa principale rientri nella nozione di «locazione di beni immobili» ai sensi dell'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva, in primo luogo occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, le esenzioni previste dall'art. 13 della direttiva in parola costituiscono nozioni autonome di diritto comunitario e devono pertanto ricevere una definizione comunitaria»;*

(2) *«la locazione di beni immobili ai sensi dell'art. 13, parte B, lett. b), della sesta direttiva, consiste, in sostanza, nel conferimento da parte del locatore al locatario, per una durata convenuta e dietro corrispettivo, del diritto di occupare un immobile come se quest'ultimo ne fosse il proprietario e di escludere qualsiasi altra persona dal godimento di un tale diritto»;*

(3) *nella causa è «in discussione un rapporto giuridico nell'ambito del quale ad una società è concesso il diritto di occupare ed utilizzare, in modo anche esclusivo, zone del demanio marittimo, specificamente un deposito costiero destinato allo stoccaggio, alla lavorazione ed alla movimentazione di oli minerali, per una durata limitata e a fronte di un corrispettivo il cui importo è notevolmente inferiore al valore del bene» e «considerato il suo contenuto, tale rapporto è assimilabile ad un atto contrattuale che rientra nell'ambito delle attività di natura industriale e commerciale del consorzio», dato che «la caratteristica fondamentale del rapporto in parola, in comune con la locazione di un bene immobile, consiste nel mettere a disposizione una superficie, specificamente una parte del demanio marittimo, dietro corrispettivo, garantendo all'altra parte contrattuale il diritto di occuparlo e di utilizzarlo e di escludere le altre persone dal godimento di un tale diritto».*

della normativa in materia di IVA, la decisione della Corte di Giustizia appare interessante perché, al di là delle posizioni espresse dalle Corti interne, essa riconduce la concessione in esame alla nozione di locazione di beni immobili contenuta in una direttiva comunitaria.

Con ciò tentando dunque di individuare in relazione all'istituto della concessione un appiglio normativo.

b) In realtà tale decisione si ricollega alla consolidata giurisprudenza europea, secondo la quale il carattere demaniale del bene su cui si svolge una determinata attività economica non incide sulle condizioni di esercizio della stessa⁸¹.

Così, sulle questioni pregiudiziali sollevate nel corso di una controversia che opponeva la Câmara Municipal do Porto (CMP) alla Fazenda Pública (l'Erario), in relazione all'assoggettamento della CMP all'IVA per l'attività svolta dal Comune di locazione di aree destinate al parcheggio degli autoveicoli, la Corte ha rilevato che «*il fatto che la CMP sia o meno proprietaria dei terreni su cui si svolge l'attività in causa, o il fatto che tali terreni facciano parte del demanio o del patrimonio comunali non consentono, di per se stessi, di stabilire se essa esercita tale attività in quanto pubblica autorità*»⁸².

Anche il Tribunale di primo grado si è, contestualmente, espresso in modo analogo in occasione di una nota decisione che aveva visto coinvolto "Aéroports de Paris" (ADP), cioè «*un ente pubblico di diritto francese dotato di autonomia finanziaria, che, ai sensi dell'art. L 251-2 del code de l'aviation civile francese, è incaricato di organizzare, gestire e sviluppare l'insieme delle installazioni aeroportuali civili situate nella regione parigina destinate a facilitare l'arrivo e la partenza degli aerei, a guidare la navigazione, a provvedere all'imbarco, al trasferimento a terra e allo smistamento dei passeggeri, delle merci e della posta trasportati per via aerea, nonché tutti gli impianti annessi*».⁸³

In particolare, l'ADP aveva sostenuto che in realtà la Commissione aveva «*snaturato gravemente l'attività controversa nella presente causa. Le attività dell'ADP considerate dalla Commissione, ossia i servizi di gestione*

⁸¹ In questo senso, con specifico riferimento al gestione demaniale dei porti, v. J. BEURIER (a cura di), *Droits maritimes*, 2009-2010, ed. Dalloz, 861, secondo cui «*le droit communautaire ne consacre pas le régime de la domanialité publique. Celui-ci relève du droit interne des États membres et la consistance du domaine public portuaire n'est pas la même dans tous les États membres. Il a été jugé par la Court de Justice des Communautés européennes que la domanialité publique ne saurait avoir une incidence sur les conditions d'exercice des activités économiques. Ainsi, le droit de la concurrence s'applique sur le domaine public comme partout ailleurs*».

⁸² Corte di Giustizia, 14 dicembre 2000, C-446/98, *Fazenda Publica er Camara Municipal do Porto et a.*, *Rec.*, I-11462.a.

⁸³ Tribunale di 1 grado, 12 dicembre 2000, T-128/98, *Aéroports de Paris c/ Commission*, *Rec.*, II-3933.

degli aeroporti parigini, non costituirebbero la contropartita del canone controverso. Quest'ultimo, nelle sue due parti fissa e variabile, sarebbe dovuto in ragione all'occupazione in via esclusiva di una parte del demanio pubblico e non come corrispettivo del riconoscimento d'idoneità di prestatori di servizi e del controllo degli spostamenti dei veicoli e delle persone sull'area aeroportuale, che rientrerebbero in un'attività di polizia che non dà luogo al pagamento di alcun canone. L'organizzazione delle attività che si svolgono negli impianti aeroportuali sarebbe una funzione di servizio pubblico che non comporta neppure essa la riscossione di un canone». Sicché, continuava l'ADP, esso non aveva «la qualità di impresa ai sensi dell'art. 86 del Trattato»

E ciò perché «l'amministrazione del demanio pubblico non può pertanto costituire un'attività economica ai sensi degli artt. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 CE) e 86 del Trattato», dato che «da una parte, tale attività sarebbe esercitata secondo le norme della demanialità pubblica, che sono totalmente distinte da quelle del diritto privato. Il fatto che i beni pubblici debbano ricevere una destinazione di utilità pubblica spiegherebbe il carattere obbligatorio della riscossione di un canone in caso di occupazione del demanio pubblico. D'altra parte, l'amministrazione del demanio pubblico non avrebbe né lo stesso oggetto né la stessa natura di un'attività a carattere industriale e commerciale. Ricordando che, secondo le conclusioni dell'avvocato generale Mischo per la sentenza della Corte 16 giugno 1987, causa 118/85, Commissione/Italia (Racc. pagg. 2599, 2609), occorre prendere in considerazione l'esercizio dei pubblici poteri e la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre pubbliche collettività per distinguere «pubblici poteri» e «pubblica impresa», il ricorrente sottolinea che l'amministrazione del demanio pubblico comporta appunto l'esercizio di pubblici poteri. Esso fa valere che la corte d'appello di Parigi (sentenza 20 gennaio 1998 n. 97/08842, *Chambre syndicale nationale de vente et services automatiques*) ha recentemente confermato che il fatto di esigere la firma di una convenzione di occupazione di suolo pubblico e il pagamento di un canone non rientra nell'ambito di attività di produzione, di distribuzione o di prestazione di servizi ai sensi del diritto francese della concorrenza ma di atti di gestione del demanio pubblico e dell'esercizio di pubblici poteri».

Viceversa, il Tribunale, nelle proprie conclusioni, ha respinto la tesi sostenuta dal ricorrendo ritenendo che:

- «la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento (v., in particolare, sentenze della Corte 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, Racc. pag. I-1979, punto 21; *Poucet e Pistre*, citata, punto 17, e 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione/Italia*, Racc. pag. I-3851, punto 36), e che costituisce

un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato (citata sentenza 16 giugno 1987, Commissione/Italia, punto 7)»;

- «le disposizioni del Trattato in materia di concorrenza restano applicabili alle attività di un ente che siano separabili da quelle che esso svolge in quanto pubblica autorità (v., in questo senso, sentenza della Corte 11 luglio 1985, causa 107/84, Commissione/Germania, Racc. pag. 2655, punti 14 e 15)».

E da ciò conseguendo che «la circostanza che l'ADP sia un ente pubblico sottoposto all'autorità del ministro incaricato dell'aviazione civile e che provveda alla gestione di impianti facenti parte del demanio pubblico non può da sola escludere che esso, nella fattispecie, possa essere considerato come un'impresa ai sensi dell'art. 86 del Trattato» e «che le attività dell'ADP di cui trattasi sono attività di natura economica, svolte sì sul demanio pubblico, ma non per questo rientranti nell'esercizio di una funzione pubblica».

12. I rapporti concessori misti.

12.1. Il rapido esame della giurisprudenza formatasi sull'istituto della concessione di beni ha dunque posto in luce come questa debba confrontarsi con la possibile sovrapposizione applicativa sia del contratto di locazione di immobili, di cui presenta alcuni tratti comuni, sia delle ulteriori figure di concessione.

In particolare, si è visto che l'eventuale sovrapposizione della concessione con la locazione, nel diritto interno, si determina in relazione alla diversa concezione della natura del bene che viene attribuito al privato, di guisa che la concessione sembra poter trovare applicazione anche nei confronti di quei beni non classificati come pubblici, purché il loro uso sia conforme a finalità di interesse generale (e, forse, tale argomentazione vale *a contrario* per la locazione), mentre, nel diritto europeo, è dovuta essenzialmente all'assenza di un qualsivoglia riferimento normativo in tema di concessioni di beni che possa orientare le decisioni delle corti adite in modo diverso rispetto a quello riferito.

In entrambe le situazioni suindicate, i Tribunali aditi hanno comunque trovato una soluzione per sopperire alle rilevate carenze di ordine sistematico.

Il problema che forse si palesa ancor più frequentemente all'attenzione delle Corti verte però sulla possibilità che il rapporto che intercorre tra un'amministrazione pubblica ed un soggetto privato, pur essendo formalmente riconducibile ad una specifica forma di concessione, presenti le caratteristiche tipiche di un'altra. In tal caso ci si trova dinanzi ad un "rapporto misto", nel quale è rinvenibile un collegamento tra varie forme di

concessione⁸⁴.

Collegamento che, com'è stato acutamente rilevato, è suscettibile di svariate combinazioni: a) potendo «operare sia con riguardo a rapporti distinti oggettivamente e/o soggettivamente, sia con riguardo a parti eterogenee di un medesimo rapporto»; b) potendo «determinare un giudizio di prevalenza di diritto sostanziale al fine di pervenire ad una qualificazione in senso stretto unitaria della fattispecie (...) o limitarsi ad incidere su una certa qualificazione di uno dei rapporti»; c) potendo «essere costruito non solo in termini di diritto sostanziale, ma anche su un piano prettamente processuale, con riferimento ai contenuti della "domanda" o ai "poteri" del giudice»⁸⁵.

In queste ipotesi, è stato, infatti, evidenziato recentemente che «frequente è la presenza di parti eterogenee di un medesimo rapporto che dà luogo a giudizi di prevalenza e all'adozione di un unitario e assorbente criterio qualificatorio»⁸⁶.

Ora il tema dei cd. “rapporti misti o collegati” nella concessione amministrativa, che è stato esaminato dalla dottrina, ad esempio, anche con riferimento alla già riferita ord. Cass. civ., Sez. Un., 5 dicembre 2011, n. 25927, trova terreno particolarmente fecondo proprio nell'ipotesi in cui siano cumulabili nel medesimo rapporto la concessione di beni e di servizi pubblici: ipotesi, in cui la giurisprudenza sembra orientata a dare prevalenza alla seconda qualificazione «ritenendo che siano i servizi il «vero oggetto» del rapporto, cui accede in via del tutto «strumentale» la messa a disposizione dei beni pubblici»⁸⁷.

In realtà, va rilevato sin da ora che la sovrapposizione tra diversi strumenti concessori non si presenta solo nell'ipotesi in cui nel medesimo rapporto siano rinvenibili tratti comuni alle concessioni di beni e servizi pubblici, ma è ormai considerata alla stregua di una situazione generale dei contratti pubblici, tanto che il dlgs 163/2006, all'art. 14, disciplina espressamente i “contratti misti”, definendoli come quei «contratti pubblici aventi per oggetto: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture». E lo stesso articolo prevede specifiche regole dirette ad individuare il rapporto prevalente all'interno del rapporto considerato, chiarendo che sussiste:

a) un “appalto pubblico di forniture”, ove il contratto abbia per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di

⁸⁴ Sui contratti misti si veda, con specifico riferimento alle figure previste nel codice dei contratti pubblici, F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice e regolamento unico dei contratti pubblici*, 2011, Dike Giuridica Editore, 126 ss. e M. PROTTO *Contratti misti e primi scricchiolii della pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. App.*, 2010, 7, 781, nonché G. VALERIO, *La disciplina dei contratti misti nella "Merloni-ter"* in *Urb. App.*, 1999, 5, 475.

⁸⁵ M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione*, cit. 11.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

installazione;

b) un “appalto pubblico di servizi”, ove il contratto abbia per oggetto prodotti e servizi di cui all’all. II del codice, qualora il valore dei servizi superi quello dei prodotti oggetto dell’appalto oppure qualora preveda attività ai sensi dell’all. I solo a titolo accessorio rispetto all’oggetto principale del contratto stesso;

c) un “appalto pubblico di lavori” oppure una “concessione di lavori pubblici”, ove l’importo dei lavori assuma rilievo superiore al 50%, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche del contratto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l’oggetto principale del contratto.

In tal caso, ciò che dunque rileva ai fini di distinguere una tipologia contrattuale rispetto ad un’altra consiste nell’individuare l’elemento principale che caratterizza il contratto esaminato. In tal senso, la giurisprudenza amministrativa ha, in via generale, ritenuto che *«con riferimento ai contratti misti il Codice dei contratti pubblici, ai fini dell’individuazione della disciplina applicabile, pur proseguendo nell’utilizzo del criterio aritmetico alla prevalenza del rilievo economico dei lavori nelle attività oggetto della gara (art. 14 commi 3 e 4, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) ha tuttavia recepito il criterio "sostanzialistico" della prestazione, proprio del diritto comunitario, che ha poi integrato nel comma 4 dell’art. 14, con i principi - di rilievo comunitario - della tutela della concorrenza e della non discriminazione sull’affidamento dei contratti in oggetto»*⁸⁸.

Del resto, la stessa giurisprudenza ha avuto modo di affrontare taluni specifici casi in cui il corretto inquadramento del rapporto concessorio in esame era presupposto necessario, al fine di individuare il regime giuridico applicabile.

Così, ad esempio, il Giudice amministrativo, in diverse occasioni, è stato chiamato a chiarire la natura giuridica di una concessione di illuminazione votiva cimiteriale, rilevando come essa non possa essere considerata alla stregua di una concessione di lavori, bensì costituisce *«oggetto di concessione di servizio pubblico locale a rilevanza economica e fruizione individuale perché richiede che il concessionario impegni capitali, mezzi, personale da destinare ad un’attività economicamente rilevante in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull’assetto concorrenziale del mercato di settore»*. E ciò in quanto *«al cospetto di fattispecie miste (come nella vicenda in esame) nelle quali si contempla anche l’esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione del servizio, deve evidenziarsi la modifica dell’art. 2, l. n. 109 del 1994 ad opera della l. n. 62 del 2005 con la codificazione del criterio qualitativo - funzionale dell’accessorietà dei lavori rispetto all’oggetto*

⁸⁸ Cons. Stato Sez. V, 30 maggio 2007, n. 2765

principale dedotto nel contratto di servizio pubblico, per cui si ritiene che si avrà concessione di lavori pubblici ovvero di pubblici servizi a seconda che risulti strumentale il servizio rispetto alla costruzione dell'opera o viceversa (cfr. Cass., sez. un., 14 febbraio 2008, n. 3518; Cons. St., sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2804)»⁸⁹.

Se distinguere l'ipotesi in cui il rapporto esaminato sia ascrivibile alla concessione di lavori o di servizi pubblici può presentare difficoltà relative, potendo il giudice adito riferirsi agli esistenti appigli normativi, tale distinzione appare meno agevole ove si tenda a riportare, nell'ambito di uno stesso rapporto concessorio, fattispecie diverse. Un esempio di ciò è costituito, in particolare, dal caso in cui la messa a disposizione di un bene pubblico sia funzionalizzata alla gestione di un servizio pubblico, conferito

⁸⁹ Così, Cons. Stato Sez. V, 11 agosto 2010, n. 5620; Cass. S.U. 31 gennaio 2008, n. 2273; ID. 17 settembre 1998, n. 9261). Si tratta di un orientamento sul quale concorda anche la giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2010, n. 1790; ID., sez. V 5 dicembre 2008, n. 6049; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 29 luglio 2009, n. 4502; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 23 dicembre 2008, n. 4362); in questo senso v. recentemente anche Tar Lombardia Milano Sez. I, 11 febbraio 2011, n. 450 secondo cui, «*data la distinzione concettuale tra concessioni di lavori pubblici e concessioni di servizi, alla stregua anche dell'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006, un consolidato orientamento giurisprudenziale ascrive l'attività di illuminazione votiva nella categoria delle concessioni di pubblico servizio; il che non significa escludere l'esistenza, nel caso di specie, di una componente di lavori, la cui incidenza va tuttavia valutata secondo il principio dell'accessorietà, di matrice stabilito dall'art. 14 del D.Lgs. n. 163/2006 in tema di contratti misti. Alla stregua di tale principio deve ritenersi che, nel caso di specie, la realizzazione di nuovi impianti e la manutenzione di quelli già esistenti presenti una rilevanza accessoria rispetto al servizio di illuminazione votiva erogato agli utenti. I nuovi affidamenti costituiscono un vero e proprio caso di concessione di pubblico servizio assegnata senza indizione di gara, la cui durata giustifica l'applicabilità dell'art. 23-bis, c. 8, lett. e), del D.L. n. 112/2008, secondo cui le gestioni affidate senza gara cessano entro e non oltre la data del 31/12/10. Si tratta, in altri termini, di una cessazione disposta ope legis, espressione di un potere autoritativo, sebbene vincolato, che trova il suo fondamento direttamente nella volontà della legge, e che investe le modalità di affidamento del servizio nel rispetto dei principi comunitari*».

Nell'inquadrare la fattispecie in esame quale concessione di servizi, il Tar Lombardia Milano Sez. I, 9 gennaio 2007, n. 4 ha peraltro soggiunto che «*l'affidamento del servizio illuminazione elettrica votiva aree cimiteriali è una concessione di un pubblico servizio come riconosciuto dal Consiglio Stato che, con sentenza 7 aprile 2006, n. 1893, ha espressamente affermato che tra i servizi pubblici locali, "rientra pacificamente quello diretto ad assicurare la illuminazione votiva dei cimiteri". Poiché, infatti, il servizio di cui si tratta è a carico degli utenti, si applica nella specie la differenza elaborata fra appalto e concessione di pubblici servizi e consistente nel fatto che mentre nel primo si prevede un corrispettivo che è pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi; nella concessione la remunerazione del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi versati dai terzi per l'utilizzo del servizio, con la conseguenza che il prestatore assume il rischio della gestione dei servizi in questione*».

per tramite di un appalto e non di una concessione⁹⁰.

In tale ipotesi, non è però mancato un precedente nel quale si è data prevalenza alla concessione di beni, osservando che «*qualora un'Ausl abbia affidato ad un privato la gestione del servizio di bar all'interno di un ospedale pubblico, il rapporto tra la P.A. ed il privato, avendo ad oggetto un'attività da svolgersi all'interno di locali facenti parte della struttura immobiliare ospedaliera come tale destinata a pubblico servizio e perciò rientrante tra i beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 830 c.c. può trovare titolo solo in un atto concessorio, potendo tali beni essere trasferiti nella disponibilità di privati, per usi determinati, solo mediante concessioni amministrative*»⁹¹.

In questo caso cioè è stata data prevalenza al luogo in cui si svolgeva un'attività di pubblico servizio, piuttosto che alla rilevanza pubblicistica dell'attività stessa.

12.2. Anche la Corte di Giustizia si è trovata di fronte alla necessità di dover qualificare un rapporto contrattuale giuridico di tipo “misto”, consistente, nel contempo, nell'esecuzione di lavori pubblici e nella cessione di un bene⁹².

Nel noto caso *Gestión Hotelera Internacional* del 1994 il Tribunal Superior de Justicia delle Canarie aveva, infatti, sottoposto alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali aventi ad oggetto l'interpretazione della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, n. 71/305/CEE, che, allora, era diretta a coordinare le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. Nel caso di specie erano state indette due gare d'appalto, l'una per l'aggiudicazione dell'autorizzazione definitiva per l'installazione e l'apertura di una casa da gioco nei locali dell'hotel Santa Catalina a Las Palmas, l'altra relativa all'utilizzazione delle strutture dell'hotel e alla

⁹⁰ Così, ad es., Corte di Giustizia CE, Sez. III – 10 marzo 2011 (C-274/09), secondo cui «l'art. 1, nn. 2, lett. d), e 4, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che, quando la remunerazione dell'operatore economico selezionato è integralmente garantita da soggetti diversi dall'amministrazione aggiudicatrice che ha attribuito il contratto di prestazione di servizi di soccorso e tale operatore economico incorre in un rischio di gestione, per quanto molto ridotto, poiché, in particolare, l'importo dei corrispettivi d'uso dei servizi in questione dipende dall'esito di trattative annuali con soggetti terzi e non gli è garantita una copertura integrale dei costi sostenuti nell'ambito di una gestione delle sue attività conforme ai principi sanciti dal diritto nazionale, tale contratto deve essere qualificato come contratto di «concessione di servizi», ai sensi dell'art. 1, n. 4, della stessa direttiva».

⁹¹ Cass., Sez. un., 21 luglio 2011, n. 15980, richiamata anche da M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione*, cit. 11.

⁹² Corte di Giustizia CE, Sez. VI – 19 APRILE 1994. - *Gestion Hotelera Internacional Sa c/ Comunidad Autonoma de Canarias e a.* (C-331/92).

gestione dell'attività alberghiera.

La Gestión Hotelera Internacional, locataria dell'hotel al momento della procedura di aggiudicazione, aveva chiesto l'annullamento delle gare d'appalto indette dal governo delle isole Canarie, nonché dell'aggiudicazione nel frattempo disposta, lamentando che, atteso che secondo i capitoli d'appalto gli aggiudicatari avrebbero dovuto effettuare lavori di rifacimento del casinò e dell'hotel, l'ordinanza che aveva indetto le gare d'appalto avrebbe dovuto essere pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, in conformità alla direttiva 71/305. Il Tribunale interno aveva dunque sospeso il procedimento per sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) se possa considerarsi incluso nella nozione di 'appalti di lavori pubblici' di cui all'art. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, un 'contratto misto di esecuzione di lavori e di cessione di beni;

2) se, di conseguenza, le amministrazioni aggiudicatrici che intendano stipulare un contratto avente tali caratteristiche siano obbligate ad effettuare la pubblicazione dell'annuncio dello stesso nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee».

La Corte di Giustizia riteneva che *«la questione dev'essere risolta nel senso che, qualora i lavori da effettuare nell'hotel e nel casinò abbiano carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale dell'aggiudicazione, l'aggiudicazione nel suo insieme non può essere qualificata come appalto di lavori pubblici ai sensi della direttiva 71/305».* Ciò perché *«quest'interpretazione è corroborata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (...). Secondo il suo sedicesimo 'considerando' dalla direttiva 71/305 risulta infatti che un appalto può essere considerato appalto pubblico di lavori soltanto se il suo oggetto consiste nel realizzare un'opera e che, qualora tali lavori siano accessori e non costituiscano l'oggetto dell'appalto, essi non possono giustificare la classificazione dello stesso come appalto pubblico di lavori».*

A ciò aggiungendo che però *«spetta al giudice nazionale accertare se i lavori abbiano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale dell'aggiudicazione».*

In definitiva, la riconduzione della fattispecie concreta all'ambito di un unico rapporto concessorio, mediante l'assorbimento delle diverse figure interessate, è presumibilmente dovuta, oltre che ad una naturale esigenza di razionalizzazione dei rapporti, ad una necessità di "concentrazione processuale", che in presenza di più fattispecie connesse può portare *«ad una contestuale pluralizzazione dei giudizi di prevalenza»*⁹³. Tale soluzione può, tuttavia, determinare un'eccessiva semplificazione del rapporto, tale da

⁹³ M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione*, cit. 13.

importare, di fatto ed arbitrariamente, una disapplicazione del regime giuridico previsto per la figura assorbita nel rapporto unitario e dunque un'alterazione dei principi sulla base dei quali il privato può aver fondato la sua aspirazione⁹⁴.

Così implicando un possibile pregiudizio nei confronti dell'aspirante concessionario.

13. Problemi di giurisdizione nelle concessioni miste.

La sovrapposizione tra diverse forme di concessione pone altresì taluni interrogativi circa il giudice competente a conoscere del rapporto concessorio misto.

In linea teorica, dovrebbe ritenersi che la questione non si pone ove il fenomeno di assorbimento dei rapporti attiene alle fattispecie di concessione di lavori e di servizi pubblici previste dal dlgs 163/2006, esse soggiacendo alla medesima disciplina sostanziale. Mentre ad una diversa conclusione si dovrebbe pervenire in relazione alla concessione di beni pubblici, dal momento che quest'ultima non ricade nell'ambito applicativo del codice dei contratti⁹⁵.

⁹⁴ *Ibidem*, secondo cui «queste tecniche di assorbimento trovano un terreno elettivo in presenza di vicende unitarie, mentre diventerebbero assai complicate, se non impraticabili, qualora si tratti di rapporti con un grado elevato di distinzione o che addirittura, come nel caso oggetto della decisione in commento, fanno anche capo a soggetti diversi (rapporto con il Comune e rapporto con l'Asl). In questi ambiti, difficilmente si potrà andare al di là della funzionalizzazione di un rapporto alla sola qualificazione di altro rapporto collegato». Si pensi, infatti, all'ipotesi in cui l'aspirante concessionario ritiene che nel caso di specie, essendo in discussione una concessione di lavori pubblici, siano integralmente applicabili gli istituti del dlgs 163/2006, mentre in seguito si accorge che in realtà tali istituti non si applicano in quanto la fattispecie è riconducibile allo schema della concessione di servizi.

⁹⁵ Per quanto maggiormente interessa, l'art. 133 del dlgs 104/2010 (codice del processo amministrativo) prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: a) le controversie in materia di «formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni»; b) «le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche»; c) «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio (...); d) «le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative; 2)

La suindicata ripartizione non sembra, tuttavia, trovare conferma nelle decisioni della Corte di Cassazione e del Giudice amministrativo, le quali, muovendo da una lettura più sistematica del complesso normativo esistente, delineano un quadro diverso, seppur, sotto certi punti di vista, non del tutto consolidato.

Ebbene, si deve anzitutto rilevare che, in relazione all'individuazione del giudice competente a conoscere della concessione di lavori pubblici, si registra un mutamento radicale della giurisprudenza di legittimità, fino a pochi anni fa orientata a ricondurre tale figura alla sola giurisdizione del giudice amministrativo⁹⁶.

In particolare, con una recente decisione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno rilevato che la disciplina antecedente al codice dei contratti pubblici aveva suddiviso i sistemi di esecuzione delle opere pubbliche in due categorie, in funzione del fatto che queste venissero compiute direttamente dalla Amministrazione, o indirettamente, con il ricorso al sistema della concessione. E nell'ambito di quest'ultima figura, si era altresì distinto tra le concessioni di sola costruzione e quelle di costruzione e di gestione dell'opera.

Conseguentemente la disciplina aveva recepito la giurisprudenza relativa a tali sistemi che aveva indotto le Sezioni Unite a mantenere ferma la tale distinzione anche ai fini del riparto delle giurisdizioni, pur dopo che le concessioni dei lavori erano state equiparate agli appalti di opera pubblica (devoluti alla giurisdizione ordinaria). Mentre le concessioni di costruzione e di gestione dell'opera erano rimaste nell'ambito della generale categoria

relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto».

⁹⁶ L'interpretazione resa sovverte l'orientamento consolidato delle S.U. della Corte di Cassazione che negli anni precedenti avevano sostenuto incondizionatamente la competenza del giudice amministrativo a conoscere del rapporto discendente dalla concessione di costruzione e gestione (ora, concessione di lavori pubblici). Cfr. ad es., tra le più recenti, Cass, civ., S.U., 17926/2008.

Il medesimo concetto è ripetuto in altre sentenze pronunciate dalle S.U. della Cassazione nel medesimo periodo, quali: Cass., civ., S.U. n. 3518/2008, secondo cui, «*l'equiparazione agli appalti disposta dall'art. 31 bis, comma 4, riguarda le cd. concessioni di soia costruzione - nelle quali l'indicazione limitativa contenuta nel termine sola va intesa nel senso che esse non sono estese alla gestione - ossia le concessioni connotate dall'attribuzione al concessionario del compito di realizzare la costruzione con ogni mezzo, ed eventualmente del compito della direzione dei lavori, e non anche - secondo il consolidato orientamento di queste Sezioni Unite, dal quale il Collegio non ha ragione di discostarsi - le concessioni di costruzione e gestione (cfr. S.U. 2001 n. 15608; 2001 n. 13623; 2000 n. 366; 1997 n. 11132, resa in analogo fattispecie; nonché Cons. Stato 2000 n. 880).*

dei provvedimenti concessori e, come tali, devolute con un'interpretazione estensiva della l. n. 1034 del 1971, art. 5, co. 1, alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Senonché, il quadro normativo è stato modificato dalla legislazione europea, la quale da ultimo con la Direttiva 18 del 2004, *«nell'ambito della categoria degli appalti pubblici ha mantenuto ferma la tradizionale tripartizione tra appalti di lavori, servizi e forniture; ma ha suddiviso le concessioni in due tipologie, la prima delle quali, denominata " concessione di lavori pubblici", (...) Mentre la seconda denominata " concessione di servizi" comprende i contratti che "presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo»*.

E questa nuova ripartizione è stata interamente recepita dal codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture appr. con dlgs n. 163 del 2006»⁹⁷.

Le S.U. della Cassazione hanno cioè ritenuto che le concessioni di lavori essendo equiparabili, sul piano sostanziale ad un appalto pubblico di lavori, debbano ricevere il medesimo trattamento di quest'ultimo anche sul piano giurisdizionale.

Un approccio più problematico da parte della giurisprudenza è emerso in relazione alla concessione di servizi pubblici anche in considerazione della difficoltà di distinguere tale figura rispetto a quella codicistica della

⁹⁷ Cass. civ., Sez. Un., 27 dicembre 2011 n. 28804, la quale ha altresì specificato che, in altri termini, *«a seguito della nuova legislazione comunitaria e nazionale non è più consentita dunque la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera (ovvero di costruzione e di gestione congiunte) nella quale prevaleva il profilo concessorio ed autoritativo riguardante in particolare la vicenda traslativa delle pubbliche funzioni inerenti all'attività organizzativa e direttiva dell'opera pubblica, con le conseguenti implicazioni in tema di riparto di giurisdizioni; ma sussiste l'unica categoria di " concessione di lavori pubblici". Sicché l'istituto rientra ora unitamente agli appalti nel novero dell'affidamento dei lavori pubblici, differenziandosi dall'appalto di lavori pubblici per il fatto appena evidenziato, che il corrispettivo dei lavori consiste nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo; è interamente disciplinato dalle norme del codice dei contratti pubblici (art. 142, comma 3) ed accomunato all'appalto anche per il regime processuale di cui alla parte 4^a del codice, nonché per il sistema di riparto delle giurisdizioni recepito dall'art. 244 (...). Il quale, come è noto, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di lavori che si concludono con l'aggiudicazione della gara; mantenendo per converso alla giurisdizione ordinaria la successiva fase relativa alla esecuzione del rapporto in cui deve peraltro trovare applicazione la normativa positiva delle regole attraverso cui i contraenti hanno disciplinato i loro contrapposti interessi e delle relative condotte attuative (Cass. sez. un. 14958/2011; 19049/2010; 6068/2009)»*.

Nello stesso senso si è pronunciato recentemente la Sez. V del Consiglio di Stato con la sentenza 16 gennaio 2013, n. 236.

concessione di servizi.

In tal quadro si è cioè posta la questione secondo cui il criterio di riparto della giurisdizione non debba essere rinvenuto in funzione della distinzione prevista in materia di appalti, bensì tenendo in considerazione la stessa natura della concessione amministrativa.

In questo senso, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno cioè rilevato che la cognizione di tale rapporto debba spettare al giudice amministrativo in quanto, tra l'altro, *«la giurisprudenza delle Sezioni Unite è da decenni del tutto consolidata nel ritenere che la specifica ipotesi di concessione-contratto, ossia di quella fattispecie complessa risultante dalla convergenza di un negozio unilaterale ed autoritativo (atto deliberativo) della Pubblica Amministrazione, e di una convenzione attuativa (contratto, capitolato o disciplinare) e quindi, di un rapporto contrattuale bilaterale fonte di obblighi e diritti reciproci dell'ente concedente e del privato concessionario non vale ad immutare la natura ontologicamente concessoria di tale più complessa fattispecie, giustificando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui alla L. n. 1034 del 1971, art. 5, con la sola eccezione delle controversie avanti menzionate, indicate dal comma 2, della stessa norma»*⁹⁸.

E tale considerazione sembra trovare seguito nell'art. 133 dlgs 104/2010, avendo quest'ultimo recepito integralmente il testo dell'art. 5 della l. n. 1034 del 1971, ove attribuiva al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva, in particolare, in materia di concessioni di servizi, beni pubblici ed accordi integrativi e sostitutivi della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 11 l. 241/90.

Recentemente, le Sezioni Unite della Cassazione hanno avuto modo di affrontare il problema della determinazione del criterio del riparto giurisdizionale anche con riferimento alla concessione di beni pubblici,

⁹⁸ Cass. civ., Sez. Un., 2 agosto 2011, n. 16856, secondo cui, peraltro, *«la giurisdizione amministrativa appare poi rafforzata dal rilievo della ricorrente che la scelta del socio privato di una società mista affidataria di un servizio pubblico si configura come concessione di un servizio pubblico (non confondibile con l'affidamento di un appalto); e che detta concessione aveva per oggetto nel caso la materia del trasporto pubblico locale non rientrante in quella dei servizi pubblici di cui al D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33: posto che già la L. n. 1034 del 1971, art. 5, come costantemente interpretato dalla giurisprudenza, devolveva al giudice amministrativo le controversie inerenti le concessioni di beni pubblici e di pubblici servizi; che detta previsione è stata mantenuta dal D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33, e L. n. 205 del 2000, art. 7, pur dopo la menzionata sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale nella parte in cui ha istituito detta giurisdizione esclusiva per le controversie "in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi"; che anche l'art.30 del Codice dei contratti dopo avere evidenziato la diversa disciplina tra appalti e concessione di servizi nell'ultimo comma stabilisce espressamente che a queste ultime si applicano le disposizioni della parte 4^, fra le quali è compreso il ricordato art. 244 sulla giurisdizione esclusiva; da ultimo confermata dall'art. 133 de Codice del processo amministrativo»*. In questi stessi termini v. anche Cons. Stato Sez. V, 2 ottobre 2012, n. 5173.

chiarendo, che la giurisdizione amministrativa sussiste ogniqualvolta la controversia promossa avverso il rifiuto dell'autorità amministrativa di riconoscere il diritto preteso dal concessionario, «coinvolga il contenuto dell'atto concessorio e cioè i diritti e gli obblighi dell'amministrazione e del concessionario»⁹⁹.

Pur tenendo in considerazione l'insegnamento espresso dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 6 luglio 2004, n. 204¹⁰⁰, sembra

⁹⁹ Si tratta della già citata Cass. civ. Sez. Unite, 5 dicembre 2011, n. 25927, nella quale si è specificato che «del resto queste Sezioni Unite hanno già avuto modo di affermare che "in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la norma di cui alla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5, deve essere interpretata - ad onta del suo tenore letterale (che si riferisce ai ricorsi contro atti e provvedimenti) - nel senso che la competenza del tribunale amministrativo regionale ricorre anche in assenza di impugnativa di un atto o provvedimento dell'autorità pubblica, purchè la controversia, promossa per il rifiuto dell'autorità di riconoscere il diritto alla rinnovazione della concessione, coinvolga il contenuto dell'atto, cioè i diritti e gli obblighi dell'Amministrazione e del concessionario stesso, in quanto, in tal caso, la giurisdizione del giudice amministrativo sull'esistenza di un provvedimento impugnabile si estende a quella dipendente, relativa all'accertamento dell'esistenza o meno del diritto alla rinnovazione, vantato dal privato, senza che abbia rilievo la circostanza che il rapporto concessorio si sia (come nella specie) esaurito per decorrenza del relativo termine, atteso che la riserva di giurisdizione de qua afferisce al rapporto, indipendentemente dall'esistenza attuale dell'atto, purchè la controversia ponga in discussione il rapporto stesso nel suo aspetto genetico o funzionale" (Cass., S.U., n. 10157 del 2003; Cass., S.U., n. 241S del 2011)».

¹⁰⁰ La quale, com'è noto, ha evidenziato che «è evidente, viceversa, che il vigente art. 103 Cost., primo comma, non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie. Tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive - e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa - è espresso dall'art. 103 Cost. laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo. Il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102 Cost., secondo comma) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo».

pertanto che, allo stato, non vi sia uniformità di giudizio in relazione al problema della determinazione del criterio di riparto giurisdizionale in tema di concessioni amministrative¹⁰¹.

Il che può creare confusione in presenza di rapporti di concessione di tipo misto.

14. La concessione portuale tra contratto e provvedimento.

14.1. Le suesposte considerazioni possono essere riferite alla concessione portuale.

Nell'esaminare tale figura si è rilevato come la ricostruzione giuridica più convincente sembra essere quella che la riconduce alla concessione di beni pubblici. Tale conclusione, tuttavia, comporta numerose e rilevanti conseguenze:

(a) in primo luogo, essa pone cioè il problema di come conciliare una siffatta ricostruzione giuridica rispetto alla disciplina prevista dal diritto europeo in tema di concessioni amministrative, per il quale è indifferente il regime pubblico dei beni sui quali si svolgono le attività oggetto di regolazione concorrenziale;

(b) in secondo luogo, la ricostruzione giuridica esposta impone di esaminare le modalità di un'eventuale compenetrazione tra il regime giuridico della concessione di beni e le affini figure, per le quali è prevista espressamente una diversa disciplina;

(c) infine, l'inquadramento esaminato sembra incidere sulla individuazione del criterio di riparto di giurisdizione.

Si tratta in realtà di questioni la cui risoluzione si impone, anche laddove la concessione portuale venga *tout court* ricondotta alle altre forme di concessione, nel momento in cui il rapporto in esame si configuri quale

¹⁰¹ In tal senso, con riferimento alla sopra richiamata decisione della Corte di Cassazione, G.F. NICODEMO, *Concessione di beni pubblici e giurisdizione: il G.A. conosce solo degli interessi legittimi*, in *Urb. App.*, 2012, 4, 201 ss., ha rilevato che «la norma dell'art. 133 comma 1 lett. b) è coerente con il primo comma dell'art. 7 cit. Se così è, la giurisdizione del giudice amministrativo sui rapporti che riguardano le concessioni di beni pubblici, anche se nominativamente individuata come giurisdizione esclusiva, si configura come giurisdizione di legittimità (...) Se ne deduce che il riparto di giurisdizione voluto dalla legge con riferimento alle controversie che si riferiscono alle concessioni di beni pubblici, è ispirato dalla regola generale che governa il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, cosicché pur ritenendo tale materia annoverabile tra quelle che si riferiscono alla giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo può conoscere solo della lesione degli "interessi legittimi" in conseguenza dell'esercizio del "potere amministrativo (...) In definitiva può affermarsi che per "giurisdizione esclusiva" del giudice amministrativo deve intendersi "allargamento della cognizione del giudice amministrativo a controversie che riguardano diritti soggettivi" e con specifico riferimento al riparto di giurisdizione sulle controversie riguardanti le concessioni dei beni pubblici il legislatore circoscrive la cognizione del giudice amministrativo soltanto alle controversie che riguardano l'esercizio del potere (autoritativo) dell'amministrazione».

“misto”, nell’accezione testé menzionata.

14.2. La riconduzione della concessione portuale alla concessioni di beni pone però l’ulteriore problema di stabilire se l’istituto in esame abbia natura di provvedimento, oppure debba essere considerato comunque alla stregua di un contratto.

La questione si è riproposta a seguito di una recente decisione del Tar Liguria¹⁰².

Il Giudice amministrativo ha cioè sostenuto che la concessione portuale avrebbe indubbiamente natura contrattuale, in quanto *«la concessione demaniale ha smarrito l’originaria impronta di atto unilaterale (con separato disciplinare accessivo) espressione di un potere autoritativo, per assumere piuttosto le connotazioni di un modulo convenzionale unitario. L’esigenza di garantire le pari opportunità d’accesso al settore economico portuale, mediante estensione dell’evidenza pubblica, ha certamente contribuito ad assimilare la concessione al contratto. Nondimeno non è revocabile in dubbio che si è altresì preso consapevolezza del fatto che la concessione-contratto (di natura pubblicistica) risponde ad un modello più funzionale, tale da consentire di perseguire con l’assenso dell’operatore economico interessi altrimenti non raggiungibili con l’esercizio del (solo) potere autoritativo»*. Ed in tal senso sarebbe del resto *«significativo l’art. 18, comma 4, l. cit, laddove, per le iniziative di maggiore rilevanza, prevede che il Presidente dell’Autorità possa concludere accordi sostitutivi ai sensi dell’art. 11 l. 7 agosto 1990 n. 241»*.

Insomma, ad avviso del Tar la concessione portuale avrebbe ormai acquisito, di fatto, natura di “contratto pubblico”, conclusione che troverebbe riscontro ove si consideri che la necessità di esperire una procedura di gara per consentire ai privati di beneficiare della concessione avrebbe accelerato il “processo di parificazione” tra i diversi concessionari e l’amministrazione concedente.

Inoltre, l’attribuzione della natura contrattuale a questa figura risponderebbe alle esigenze di fornire agli operatori portuali uno strumento per la gestione delle aree “più flessibile” rispetto al modello provvedimentale – che caratterizza sin dall’origine la concessione di beni pubblici - e perciò maggiormente consonante alle esigenze sottese alla realtà economica della gestione dei porti¹⁰³.

¹⁰² Tar Liguria, Genova, Sez. II, 24 maggio 2012, n. 747.

¹⁰³ In tal senso il Tar Liguria ha, infatti, rilevato che *«nella congiuntura economica attuale, caratterizzata dalla recessività dell’intervento dirigitico pubblico nell’economia, l’incremento del traffico portuale s’ottiene con adeguati investimenti, a cui fa necessariamente riscontro il potenziamento e la flessibilità dell’attività d’impresa, che solo gli operatori privati possono allo stato volontariamente sostenere, senza che (ed è questo il dato saliente), dovendosi rispettare l’evidenza pubblica contrattuale, sia compromessa o pregiudicata in alcun modo la concorrenza nel mercato. Del resto lo schema dei rapporti*

L'inquadramento giuridico esposto avrebbe un'ulteriore rilevante conseguenza: cioè che in relazione alla concessione portuale trovi applicazione, ove non diversamente previsto, la disciplina del dlgs 163/2006, con particolare riguardo alla parte in cui il codice dei contratti individua i soggetti a cui possono essere affidati tali contratti (cioè, consorzi stabili, consorzi e raggruppamenti temporanei etc.)¹⁰⁴.

Il che potrebbe segnare il primo passo verso il definitivo superamento della distinzione tra le forme di concessione regolate dal codice dei contratti e la concessione di beni, la cui disciplina è invece sottratta alle più rigide regole del codice.

L'iter argomentativo esposto dal Tar, pur parzialmente condivisibile, non sembra però del tutto persuasivo.

È, infatti, indubbio che la concessione portuale si caratterizzi per una spiccata flessibilità, essendo questo un elemento determinante per consentire alle Autorità ed ai concessionari di regolare il rapporto concessorio, anche in considerazione delle diverse situazioni contingenti che possono emergere nel corso del rapporto stesso. E così evitando che l'estrema rigidità delle previsioni contenute nell'atto di concessione impediscano di sfruttare nel miglior modo possibile il bene concesso.

Questa circostanza non pare, tuttavia, comportare necessariamente né un mutamento intrinseco nella natura della concessione di cui si discute, né l'automatica applicazione della disciplina contenuta nel codice dei contratti pubblici.

Quanto al primo aspetto, va detto che un istituto giuridico non assume, astrattamente, natura di atto negoziale per il solo fatto di poter ricadere nella disciplina dell'art. 11 l. 241/90, ma ciò può verificarsi, tutt'al più, nel momento in cui si decida di regolare una determinata situazione avvalendosi di tale disposizione.

In tal senso, la possibilità, prevista dal citato comma dell'art. 18 l. 84/94 di considerare la concessione portuale quale accordo sostitutivo od integrativo di un provvedimento ex art. 11 l. 241/90, non vale di per sé a confutare la natura provvedimentale della concessione in favore di una sua qualificazione contrattuale, bensì solo a consentire all'amministrazione di

intrattenuti nel caso in esame, articolatosi in incontri e progressive definizioni del contenuto degli impegni assunti, sembra riconducibile, in senso sostanziale, ad uno modulo pre-convenzionale, piuttosto che al canonico procedimento relativo all'esercizio di potestà unilaterale».

¹⁰⁴ In particolare il Tar ha rilevato che «l'ascrizione della concessione demaniale al contratto (pubblicistico) risponde dunque ad un'esigenza inemendabile, ed ha quale corollario l'applicabilità, almeno in astratto ed ove non diversamente disposto, della disciplina contenuta nel codice dei contratti in tema dei soggetti a cui possono essere affidati i contratti: consorzi stabili, consorzi e raggruppamenti temporanei, perlomeno in tesi, possono aspirare, fatti salvi gli interessi pubblici indisponibili, a divenire partners concessionari».

avvalersi alternativamente dell'atto autoritativo oppure di quello negoziale per regolare il medesimo rapporto.

Mentre, il fatto stesso che l'art. 18 in questione abbia conferito all'Autorità portuale la facoltà di scegliere tra i due strumenti alternativi sembra, piuttosto che prestarle supporto, smentire la ricostruzione giuridica esposta dal Tar.

Quanto al secondo aspetto, per quanto possa essere astrattamente dubbia la compatibilità tra gli istituti giuridici che ricadono nella disciplina di cui all'art. 11 l. 241/90, direttamente richiamata dall'art. 18 comma 4 l. 84/94, e quelli espressamente disciplinati dal codice dei contratti pubblici si ritiene che non vi siano ostacoli affinché le previsioni del codice siano include nella concessione portuale.

Potendosi in questo modo configurare un rapporto convenzionale di tipo "misto".

15. La concessione portuale quale "fattispecie a contenuto variabile".

La concessione portuale si manifesta dunque attraverso le diverse forme disciplinate dall'art. 18 l. 84/94.

Come visto, tutte hanno quale presupposto comune l'utilizzazione di un bene demaniale marittimo ricadente nell'ambito portuale: il che, ad una prima lettura, induce a ricondurle alla figura generale della concessione demaniale marittima.

Senonché, vi sono aspetti nella figura della concessione portuale che potrebbero far propendere verso una qualificazione diversa dell'istituto in esame. Si pensi al fatto che essa implica lo svolgimento di determinati servizi e attività, espressamente previste sul piano normativo, oppure che all'attribuzione di spazi portuali si possa affiancare la previsione della realizzazione e gestione delle infrastrutture su di essi in capo al concessionario.

Tali elementi potrebbero cioè far ritenere che la concessione portuale si configuri, rispettivamente, alla stregua di una concessione di servizi, ove il concessionario si limita ad eseguire le attività oggetto di concessione, utilizzando le aree attribuitegli, o di una concessione di lavori nel caso di infrastrutturazione dell'area concessa. Così riconducendo l'istituto di cui si discute direttamente alle forme contrattuali introdotte negli ultimi anni dal diritto comunitario, ed attualmente disciplinate, nell'ordinamento interno, dal dlgs 163/2006.

Questa conclusione, sebbene non priva di riscontro, non può, tuttavia, essere accolta, ove si consideri che le finalità perseguite dal legislatore nazionale nel disciplinare la concessione portuale non sembrano direttamente coincidenti con quelle sottese ai suindicati strumenti contrattuali, finalità che non avrebbero del resto imposto una previsione

specifica, potendosi il legislatore limitare a tal fine ad un richiamo del regime del codice dei contratti.

Dall'esame dell'art. 18 l. 84/94 si evince, piuttosto, che lo scopo perseguito dal legislatore nell'introdurre la disciplina della concessione portuale consiste nella regolazione dell'uso delle aree e banchine ricadenti in ambito portuale. Il che induce a confermare l'inquadramento giuridico dell'istituto sopra esposto che lo configura come una forma speciale di concessione di beni pubblici.

Ciò potrebbe sollevare il problema della compatibilità tra questa qualificazione e la previsione nell'atto di concessione di elementi caratterizzanti le altre forme di concessione disciplinate dal codice dei contratti. In realtà la questione non sembra sussistere posto che la concessione portuale, in quanto concessione di beni, può essere rilasciata anche mediante i modelli procedimentali degli accordi pubblici previsti dall'art. 11 l. 241/1990.

Circostanza che trova conferma nel fatto che lo stesso art. 18 prevede una siffatta possibilità.

In tal quadro, pur mantenendo la qualificazione giuridica di concessione di beni pubblici, la concessione portuale è aperta al recepimento della disciplina del codice dei contratti, anche con specifico riguardo alle previsioni in materia di concessioni. Infatti, l'eventuale introduzione di tali previsioni non snatura la figura in esame, facendole venir meno il inquadramento giuridico che le è proprio.

Semplicemente, nell'ambito di un rapporto convenzionale, qual è quello che si instaura tra amministrazione concedente del bene e concessionario, vengono incluse specifiche pattuizioni volte a disciplinare contrattualmente una parte del rapporto complessivo. Ciò è però possibile fintanto che tali pattuizioni non si pongano in conflitto, non solo con la specifica disciplina portuale, ma, soprattutto, con le finalità pubbliche che sottendono, e a cui è intrinsecamente ispirato, il rapporto.

È per tale ragione che, ferma restando la natura di concessione di beni, la concessione portuale può essere considerata come una "fattispecie giuridica a contenuto variabile": ossia, di un istituto il cui contenuto si articola in funzione delle esigenze delle parti interessate, assorbendo, per quanto possibile, quella parte di disciplina corrispondente agli istituti giuridici coinvolti.

CAPITOLO IV

LA DISCIPLINA DELLA CONCESSIONE PORTUALE

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della disciplina delle concessioni portuali. — 2. Le principali direttive della disciplina. Il problema del rapporto tra concessioni ex art. 6 l. 84/94 e concessioni ex art. 36 cod. nav.— 3. Gli operatori portuali ed i destinatari delle concessioni portuali. — 4. Gli enti competenti al rilascio delle concessioni portuali. Il caso del porto di Monfalcone. — 5. L'ambito di applicazione della concessione portuale. — 6. Il problema dei "terminal dedicati". — 7. Le attività del terminalista. — 8. Il problema dell'adozione del dm ex art. 18, comma 1, l. 84/94 e l'applicazione residuale del cod. nav. — 9. Il superamento dell'attuazione ministeriale alla luce della l. cost. 3/2001: verso una disciplina regionale? — 10. L'affidamento delle concessioni portuali. — 11. Il rapporto con l'art. 16 l. 84/94 e la teoria dell'atto presupposto. — 12. Gli ostacoli alla generale applicabilità delle disposizioni in materia di contratti pubblici. — 13. I nuovi orientamenti della giurisprudenza amministrativa e la possibile applicazione del cd. "contratto di disponibilità". — 14. La disciplina della l.r. Friuli Venezia Giulia n. 12/2012 in tema di concessioni portuali. — 15. Il rilascio della concessione attraverso lo strumento degli accordi amministrativi. — 16. Il nodo del rilascio di più concessioni, la subconcessione e l'estensione della concessione originaria. Il problema dell'art. 18 co VII ed i due principi da esso enunciati: i) il criterio di una sola concessione ad uno stesso operatore; ii) l'esercizio diretto ed esclusivo delle attività da parte della concessionaria. Il subingresso del concessionario. — 17. La proprietà dei beni realizzati nel periodo di concessione. — 18. L'occupazione abusiva del demanio marittimo e l'attribuzione delle aree portuali mediante strumenti alternativi alla concessione ex art. 18 l. 84/94. — 19. Proroga e rinnovo della concessione portuale. — 20. La revoca della concessione portuale. — 21. Il nuovo sistema di "Autonomia finanziaria dei porti" previsto dall'art. 18bis l. 84/94.

I. L'evoluzione della disciplina delle concessioni portuali.

La disciplina della concessione portuale è il risultato di una vera e propria "stratificazione" normativa che se, per un verso, ha modificato gli stessi connotati dell'istituto¹, per altro verso, ne ha sviluppato alcuni tratti distintivi².

¹ Si veda a riguardo quanto sostenuto nel precedente § III.

² Come si vedrà nel testo, l'art. 18 della l. 84/94 ha attraversato, sino ad oggi, ben quattro sostanziali modifiche. Basti rilevare, per comprendere la profonda differenza della norma rispetto al testo vigente, che la formulazione originaria dell'art. 18, 1 co. prevedeva che «l'autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità marittima danno in concessione le aree demaniali e le banchine comprese nell'ambito portuale alle imprese di cui all'articolo 16, comma 3, per l'espletamento delle operazioni portuali nonché di attività relative ai passeggeri e di servizi di preminente interesse commerciale ed industriale, fatta salva l'utilizzazione di immobili demaniali da parte di amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di funzioni attinenti ad attività marittime e portuali». A ciò soggiungendo che «le concessioni sono affidate, previa determinazione dei relativi canoni, sulla base di idonee forme di pubblicità, stabilite dal Ministro dei trasporti e della navigazione con

Nella versione originaria del primo comma dell'art. 18, la disposizione era astrattamente scorporabile in due parti: la prima parte chiariva cioè le finalità sottese al rilascio della concessione, che venivano individuate nell'«*espletamento delle operazioni portuali nonché di attività relative ai passeggeri e di servizi di preminente interesse commerciale ed industriale*»; la seconda parte era invece orientata a circoscrivere i criteri per l'affidamento delle stesse concessioni, che sarebbero stati oggetto di uno specifico decreto ministeriale.

(1) Una prima modifica dell'art. 18 si è però avuta in occasione dell'emanazione del dl 21 ottobre 1996, n. 535, conv. con l. 23 dicembre 1996, n. 64³, che ha comportato:

a) l'eliminazione di qualsiasi riferimento alle «*attività relative ai passeggeri e di servizi di preminente interesse commerciale ed industriale*», attività che sarebbero state ricondotte da quel momento ai servizi di interesse generale;

b) la sottoposizione al regime dell'art. 18 della concessione per «*la realizzazione e la gestione di opere attinenti alle attività marittime e portuali collocate a mare nell'ambito degli specchi acquei esterni alle difese*

proprio decreto. Con il medesimo decreto sono altresì indicati: a) la durata della concessione, i poteri di vigilanza e controllo delle autorità concedenti, le modalità di rinnovo della concessione ovvero di cessione degli impianti a nuovo concessionario; b) i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare in rapporto alla durata della concessione, agli investimenti previsti, al valore delle aree e degli impianti utilizzabili, ovvero al solo valore delle aree qualora il concessionario rilevi gli impianti all'atto della concessione.

³ In particolare, il primo comma dell'articolo è stato così riformulato: «*l'Autorità portuale e, dove non istituita, ovvero prima del suo insediamento, l'organizzazione portuale o l'autorità marittima danno in concessione le aree demaniali e le banchine comprese nell'ambito portuale alle imprese di cui all'articolo 16, comma 3, per l'espletamento delle operazioni portuali, fatta salva l'utilizzazione degli immobili da parte di amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di funzioni attinenti ad attività marittime e portuali. E' altresì sottoposta a concessione da parte dell'Autorità portuale, e laddove non istituita dall'autorità marittima, la realizzazione e la gestione di opere attinenti alle attività marittime e portuali collocate a mare nell'ambito degli specchi acquei esterni alle difese foranee anch'essi da considerarsi a tal fine ambito portuale, purché interessati dal traffico portuale e dalla prestazione dei servizi portuali anche per la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo, come individuati ai sensi dell'articolo 4, comma 3. Le concessioni sono affidate, previa determinazione dei relativi canoni, anche commisurati all'entità dei traffici portuali ivi svolti, sulla base di idonee forme di pubblicità, stabilite dal Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con il Ministro delle finanze, con proprio decreto. Con il medesimo decreto sono altresì indicati: a) la durata della concessione, i poteri di vigilanza e controllo delle Autorità concedenti, le modalità di rinnovo della concessione ovvero di cessione degli impianti a nuovo concessionario; b) i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare in rapporto alla durata della concessione, agli investimenti previsti, al valore delle aree e degli impianti utilizzabili, anche commisurati all'entità dei traffici portuali ivi svolti, ovvero al solo valore delle aree qualora il concessionario rilevi gli impianti all'atto della concessione.*

foranee anch'essi da considerarsi a tal fine ambito portuale, purché' interessati dal traffico portuale e dalla prestazione dei servizi portuali anche per la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo, come individuati ai sensi dell'articolo 4, comma 3» (così introducendo nella norma la figura della cd. “concessione di costruzione e gestione di opere a mare”);

c) l'introduzione del comma 9bis, facendo ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 18 le concessioni relative *«ai depositi e stabilimenti di prodotti petroliferi e chimici allo stato liquido, nonché di altri prodotti affini, siti in ambito portuale»*⁴.

Al piano più pratico, è invece da ricondurre la radicale modifica della seconda parte del primo comma dell'art. 18, diretta, essenzialmente, a riformulare il contenuto del previsto decreto ministeriale e ad estendere anche al Ministro delle Finanze, benché di concerto con il Ministro dei trasporti e della navigazione, la competenza in ordine alla corrispondente emanazione.

(2) Una seconda modifica all'articolo 18 è stata apportata dall'art. 19 della l. 7 dicembre 1999, n. 472.

La l. n. 472/1999, ha, infatti, reso più “snella” la disposizione contenuta alla lett. b) del co. 1 dell'articolo, la quale tuttora si limita a disporre, più generalmente, che il previsto decreto ministeriale dovrà indicare *«b) i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare»*. Inoltre, con la medesima novella del 1999 è stato altresì aggiunto all'art. 18 il comma 1bis, il quale ha previsto che *«sono fatti salvi, fino alla scadenza del titolo concessorio, i canoni stabiliti dalle autorità portuali relativi a concessioni già assentite alla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 1»*.

(3) Un'altra modifica dell'art. 18, è stata introdotta con la l. 8 luglio 2003, n. 172 ed ha interessato il solo comma 7.

L'art. 13 co. 4, della l. 172/2003 ha, infatti, previsto la possibilità per l'impresa concessionaria, dietro motivata richiesta, di ottenere l'autorizzazione dell'Autorità portuale (o Marittima) al subaffidamento ad altre imprese portuali già autorizzate ai sensi dell'art. 16 l. 84/94 dell'esercizio di alcune attività comprese nel ciclo operativo»⁵. Con ciò è stato dunque temperato, il rigido divieto di subconcessione delle attività previsto originariamente dalla norma.

⁴ In particolare, il comma 9bis prevede che *«le disposizioni del presente articolo si applicano anche ai depositi e stabilimenti di prodotti petroliferi e chimici allo stato liquido, nonché di altri prodotti affini, siti in ambito portuale»*.

⁵ L'art. 13 comma IV della l. 172/2003 ha previsto che *«al comma 7 dell'articolo 18 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, è aggiunto il seguente periodo: “su motivata richiesta dell'impresa concessionaria, l'autorità concedente può autorizzare l'affidamento ad altre imprese portuali, autorizzate ai sensi dell'articolo 16, dell'esercizio di alcune attività comprese nel ciclo operativo»*:

(4) Un'ultima modifica dell'art. 18 è, infine, stata recentemente prevista con il dl 9 febbraio 2012, n. 5, convertito dalla l. 4 aprile 2012, n. 3: il comma 5 dell'art. 57 di tale legge⁶ ha, infatti, introdotto il comma 4bis, il quale ha stabilito che «*le concessioni per l'impianto e l'esercizio dei depositi e stabilimenti di cui all'articolo 52 del codice della navigazione e delle opere necessarie per l'approvvigionamento degli stessi, dichiarati strategici ai sensi della legge 23 agosto 2004, n. 239, hanno durata almeno decennale*».

Così introducendo nel perimetro di applicazione della concessione portuale una “nuova” figura giuridica.

2. Le principali direttive della disciplina. Il problema del rapporto tra concessioni ex art. 6 l. 84/94 e concessioni ex art. 36 cod. nav.

Le modifiche a cui è stato sottoposto, nel tempo, l'art. 18 l. 84/94 sono state numerose, oltre che difficilmente riconducibili ad un preciso disegno del legislatore, anche in ragione dei lunghi spazi temporali che le separano le une dalle altre.

Da un esame dell'evoluzione della disciplina di cui si discute, è però possibile rilevare due principali direttive seguite dal legislatore nella regolazione della materia: la prima attiene all'esigenza che all'interno della disposizione normativa vengano collocati istituti giuridici simili tra di loro; la seconda si identifica, invece, nella necessità che tale ricerca di una collocazione non produca squilibri di ordine sistematico. Entrambe le tendenze sembrano agevolmente distinguibili, allorché si vadano a confrontare le modifiche che l'art. 18 ha subito sin dalla sua introduzione nell'ordinamento positivo.

(a) Quanto alla necessità di regolare istituti affini, si tratta di un'esigenza avvertita dal legislatore sin dalla prima modifica dell'art. 18, intervenuta nel 1996.

Si è, infatti, visto che il dl n. 535/1996 (conv. con l. 23 dicembre 1996, n. 64) ha introdotto nell'art. 18 sia la cd. “concessione di costruzione e gestione di opere a mare”, sia l'istituto delle concessioni relative «*ai depositi e stabilimenti di prodotti petroliferi e chimici allo stato liquido, nonché di altri prodotti affini, siti in ambito portuale*», mentre il dl n. 5/2012, (conv. dalla l. 4 aprile 2012, n. 3) ha introdotto le «*concessioni per l'impianto e l'esercizio dei depositi e stabilimenti di cui all'articolo 52 del codice della navigazione e delle opere necessarie per l'approvvigionamento degli stessi*»: i suindicati provvedimenti normativi hanno cioè fatto ricadere nell'ambito applicativo dell'art. 18 l. 84/94 figure tra loro assimilabili, pur

⁶ Il successivo comma 6 del medesimo art. 57 chiarisce invece che «*la disposizione di cui al comma 5 non trova applicazione alle concessioni già rilasciate alla data di entrata in vigore del presente decreto*».

presentando in alcuni casi caratteri specifici (si pensi, in particolare, alla “concessione di opere a mare”).

(b) Con riferimento, invece, alla (presunta) tendenza del legislatore di non alterare l’equilibrio sistematico all’interno della norma in questione, è sufficiente evidenziare l’eliminazione, operata dal già citato dl n. 535/1996, di qualsiasi riferimento alle «attività relative ai passeggeri e di servizi di preminente interesse commerciale ed industriale», riconducendole ai servizi di interesse generale⁷.

Va peraltro rilevato che l’opportunità della presenza di tali servizi nell’ambito dell’art. 18 era stata già oggetto di alcune riflessioni critiche da parte della dottrina, che aveva sottolineato come «già dalla lettera della norma di cui all’art. 18, comma 1, emerge come la stessa si riferisca alla concessione delle sole aree demaniali; non già, quindi, al regime cui sono assoggettati i servizi che nelle stesse devono essere posti in essere. Anche le previsioni contenute nelle parti successive dello stesso art. 18 configurano un provvedimento che sembra avere ad oggetto solo la disponibilità degli spazi in ambito portuale; in relazione a detto provvedimento il diverso provvedimento di ammissione, laddove necessario, all’esercizio delle attività da svolgersi negli spazi in questione, sembra assumere il ruolo di semplice presupposto per il rilascio della concessione demaniale»⁸. A ciò soggiungendo che «pare potersi distinguere (...) la concessione inerente l’esercizio dell’attività, da rilasciarsi ai sensi dell’art. 6, comma 5, e del d.m. 14 novembre 1994, dalla concessione delle aree demaniali da rilasciarsi (...) sulla base del procedimento previsto dall’art. 18»⁹.

Tale considerazione è in realtà riconducibile ad una più ampia questione, che attiene al “ruolo” della concessione ex art. 36 cod.nav. ove oggetto della concessione sia lo svolgimento di servizi di interesse generale da fornire all’utenza portuale.

In tali casi, ed a differenza di quanto previsto all’art. 18 l. 84/94, il ruolo della concessione del bene al fine dello svolgimento dell’attività attribuita si esaurisce, effettivamente, nell’essere il mero presupposto dell’attività, tanto da poter ritenere che la disciplina dell’attività “assorba” in qualche modo quella della gestione del bene. In questo senso, è stato, infatti, rilevato che

⁷ In realtà, l’eliminazione di tali attività era stata già prevista nel dl 14 aprile 1994, n. 231 e confermata nei dl successivi, benché nessuno convertito in legge. Si veda sul punto la ricostruzione di S. ZUNARELLI, *I servizi portuali di interesse generale nella disciplina della legge 28 gennaio 1994, n. 84*, in *Dir. Trasp.*, 1995, 444 ss.

⁸ *Id.*, 445.

⁹ *Ibidem*, di seguito rilevando peraltro che «non sembra, viceversa, opportuna e ragionevole per quanto riguarda gli spazi necessari per l’esercizio di attività suscettibili di assumere un rilievo essenziale sul piano dell’assetto organizzativo della attività portuale nel suo complesso, e quindi della funzionalità (e delle prospettive di sviluppo) del porto, quali la gestione della stazione marittima ed i servizi di supporto ai passeggeri. Al riguardo, una modifica legislativa appare senz’altro auspicabile».

l'assegnazione dell'utilizzazione di aree demaniali, strumentale all'esercizio dei servizi di interesse generale «diventa perciò parte dell'affidamento complessivo «mediante gara pubblica»»¹⁰. E ciò perché, «quando il godimento di un'area pubblica si pone come strumentale allo svolgimento di una certa attività di rilevanza pubblicistica, infatti, il regime previsto per l'affidamento di quest'ultima sembra destinato ad attrarre quello per il godimento dell'area»¹¹.

A tale prospettiva, si contrappone, invece, una diversa tesi secondo la quale le aree rilasciate per l'esercizio delle attività di interesse generale dovrebbero anche in tal caso essere affidate in concessione ai sensi dell'art. 36 cod. nav.¹².

La questione merita un approfondimento.

È necessario, in primo luogo, chiarire cosa si intende ove si sostiene che la disciplina della concessione del bene viene attratta in quella della concessione del servizio.

Se, infatti, tale considerazione consiste nel ritenere che la disciplina di gara per l'affidamento del servizio include anche l'attribuzione dell'area su cui lo stesso servizio deve essere seguito, essa non pare poter essere messa in discussione. D'altra parte, un siffatto ragionamento è supportato non solo dall'esigenza pratica di risolvere in un unico procedimento di gara entrambe le problematiche (indubbiamente, tra loro connesse), ma anche dai criteri generali di economicità e di efficacia (nonché quello che non permette un ingiustificato aggravio del procedimento amministrativo), sanciti espressamente all'art. 1 della l. 241/90.

Il che però non significa che la concessione del bene non sia affidata ai sensi dell'art. 36 cod. nav., ma solo che l'affidamento si verifica congiuntamente con il servizio¹³.

È bene, infatti, rilevare che il nostro ordinamento consente l'utilizzo dei beni demaniali marittimi solo mediante l'istituto della concessione previsto dal cod. nav. (da cui, come si è visto, discende anche la concessione portuale): sicché, anche ove si tratti di attribuire in concessione un servizio tra quelli previsti dall'art. 6 l. 84/94, dovendosi quest'ultimo svolgere necessariamente all'interno delle aree portuali dovrebbe implicare il

¹⁰ F. PACCIANI - G. LOFFREDA, *Sulle modalità di affidamento in concessione delle aree del demanio marittimo all'interno dei porti commerciali*, in *Diritto dei Trasporti*, 2009, 69.

¹¹ *Ibidem*.

¹² G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2000, 762.

¹³ Non sembra invece condivisibile il riparto di competenze ipotizzato da S. ZUNARELLI, *I servizi portuali di interesse generale*, cit., 445, secondo cui l'Autorità portuale sarebbe competente del rilascio della concessione delle attività, mentre spetterebbe all'Autorità marittima attribuire le concessioni ex art. 36 cod. nav., dato che, nel sistema delineato dalla l. 84/94, sembrano attribuibili unicamente alla Autorità portuale le competenze per il rilascio di entrambe le concessioni in parola.

contestuale rilascio dell'area ex art. 36 cod. nav., anche nel caso in cui non vi sia un richiamo esplicito a tale disposizione.

Peraltro, la questione attinente al rapporto tra l'affidamento di un servizio di interesse generale e la concessione del bene sul quale il servizio viene svolto, coinvolge direttamente la stessa figura della concessione portuale. Le considerazioni esposte dalla dottrina, ove ritiene che il regime del bene sia assorbito dalla disciplina dei servizi, potrebbe, infatti, indurre a concludere allo stesso modo anche in relazione alla fattispecie prevista dall'art. 18 l. 84/94: posto che questa si caratterizza proprio per il fatto di configurare l'uso del bene (demaniale) quale strumento per lo svolgimento delle operazioni portuali.

E ciò, tanto più ove si qualificano le operazioni portuali alla stregua di un servizio pubblico¹⁴.

Questa conclusione non pare però accettabile, essendo smentita dalla stessa esistenza di una disciplina specifica posta a regolare l'affidamento della concessione portuale e rappresentata, per l'appunto, dall'art. 18 l. 84/94.

3. Gli operatori portuali ed i destinatari delle concessioni portuali.

Lo studio delle specifiche attività portuali, necessario ai fini di una loro regolazione, e la presa d'atto dell'esistenza di segmenti di mercato contigui all'interno del porto hanno contribuito a spostare l'attenzione anche sui soggetti che vi operano, tanto da rinvenire nella l. 84/94, proprio sulla scorta dell'individuazione dei diversi mercati cui si "compongono" il porto, una «pluralità di espressioni imprenditoriali»¹⁵.

In tale prospettiva, si è ritenuto possibile distinguere due categorie di imprese: quelle operanti "per conto proprio" e quelle operanti "per conto terzi".

(a) Le prime – definite anche «imprese generaliste o terminaliste» – si caratterizzano: 1) per il fatto di essere ammesse allo svolgimento delle operazioni portuali «a prescindere dalla natura personale o meno dell'interesse per il quale quelle operazioni vengono svolte»; 2) perché possono esercitare qualsiasi attività tra quelle indicate nell'art. 16, co. 1 l. 84/94, potendo dunque decidere di esercitarle contemporaneamente tutte, ovvero di specializzarsi su una o più di esse¹⁶; 3) perché le attività da queste

¹⁴ In tal senso sembrano, infatti, concludere F. PACCIANI - G. LOFFREDA, *Sulle modalità di affidamento in concessione delle aree del demanio marittimo all'interno dei porti commerciali*, cit., 72 ss.

¹⁵ R. LONGOBARDI, *I porti marittimi*, Torino, 1997, 343.

¹⁶ Va tuttavia rilevato che l'art. 4 dello schema di decreto attuativo dell'art. 18 l. 84 vieta di fatto alle imprese terminaliste di prescegliere solo alcune delle operazioni portuali previste dall'art. 16: ove si precisa «su motivata richiesta dell'impresa concessionaria l'autorità concedente può consentire che per alcune attività comprese nel ciclo operativo, l'impresa

svolte vengono realizzate su aree espressamente loro riservate dall'Autorità portuale.

(b) La seconda categoria è, invece, rappresentata da quelle imprese che eseguono, in regime di autorizzazione ai sensi dell'art. 16 l. 84/94, (talune tra) le operazioni o servizi portuali, in assenza di una specifica concessione di aree e banchine portuali.

A queste due categorie se ne deve aggiungere, in realtà, una terza, rappresentata da quelle imprese che svolgono operazioni e servizi portuali in regime di autoproduzione, ai sensi del comma 4, lett. d), dello stesso art. 16¹⁷: si tratta cioè di quei soggetti preposti all' *«esercizio di operazioni portuali, da effettuarsi all'arrivo o alla partenza di navi dotate di propri mezzi meccanici e di proprio personale adeguato alle operazioni da svolgere»*¹⁸.

I soggetti principali che operano all'interno del porto sono rappresentati dalle cd. imprese terminaliste: ossia, come già visto, da quei soggetti che sulle aree demaniali del porto e delle connesse banchine, che sono attribuite loro in concessione, svolgono un'attività produttiva a ciclo integrale e continuativo.

Tali soggetti si distinguono dai meri concessionari di spazi pubblici del

concessionaria sia sostituita da altri soggetti muniti di propria autorizzazione. Possono altresì consentirsi concessioni limitate da distinte operazioni portuali, purché integrative di un ciclo operativo le cui fasi complementari siano svolte da soggetti titolari di autonoma autorizzazione e concessione» (In dissenso, cfr. Pret. La Spezia, ord. 12 aprile 1996, *FI*, 1996 II, 676 cit. anche da Longobardi, *op. cit.*, 347).

¹⁷ Anche al fine di chiarire la figura dell'impresa, in specie dei «vettori marittimi» che svolgono operazioni portuali in regime di autoproduzione appare opportuno riportare l'art. 16, comma 4 della l. 84/96, secondo cui *«ai fini del rilascio delle autorizzazioni di cui al comma 3 da parte dell'autorità competente, il Ministro dei trasporti e della navigazione, con proprio decreto, da emanarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, determina:*

a) i requisiti di carattere personale e tecnico-organizzativo, di capacità finanziaria, di professionalità degli operatori e delle imprese richiedenti, adeguati alle attività da espletare, tra i quali la presentazione di un programma operativo e la determinazione di un organico di lavoratori alle dirette dipendenze comprendente anche i quadri dirigenziali;

b) i criteri, le modalità e i termini in ordine al rilascio, alla sospensione ed alla revoca dell'atto autorizzatorio, nonché ai relativi controlli;

c) i parametri per definire i limiti minimi e massimi dei canoni annui e della cauzione in relazione alla durata ed alla specificità dell'autorizzazione, tenuti presenti il volume degli investimenti e le attività da espletare;

d) i criteri inerenti il rilascio di autorizzazioni specifiche per l'esercizio di operazioni portuali, da effettuarsi all'arrivo o alla partenza di navi dotate di propri mezzi meccanici e di proprio personale adeguato alle operazioni da svolgere, nonché per la determinazione di un corrispettivo e di idonea cauzione. Tali autorizzazioni non rientrano nel numero massimo di cui al comma 7».

¹⁸ Sulla nozione di autoproduzione nelle operazioni portuali si veda, tra gli altri, M. CAMPAILLA, *Le operazioni portuali*, Bologna, 2004, 172 ss. In giurisprudenza, la disciplina relativa è stata esaminata approfonditamente in particolare da Tar Sardegna, 12 maggio 2009, n. 672.

porto, a cui viene attribuita la concessione di aree o strutture (quali ad esempio per la gestione di un magazzino) non solo in quanto, in tal caso, l'area viene data in concessione priva dell'infrastruttura che caratterizza la stessa concessione di cui all'art. 18 l. 84/94, rappresentata dalla banchina, ma anche perché il soggetto beneficiario non è sottoposto ai medesimi obblighi imposti al terminalista¹⁹.

La dottrina sul punto ha, infatti, rilevato che «l'obbligazione del concessionario, in questa particolare figura dell'istituto concessorio, non è limitata alla corresponsione del canone, bensì si completa con l'obbligo contrattualmente assunto, di dare vita alla produzione di servizi portuali la cui modalità di prestazione renda oggettivamente e concretamente visibile un'attività produttiva a ciclo integrale e continuativo, in altri termini, ad una gamma completa di prestazioni che, alla luce dell'odierno stato della tecnologia, delle caratteristiche strutturali e funzionali del bene demaniale, sul quale fa perno principale la struttura aziendale, siano in grado di esaurire tutto il ciclo operativo che si collega con la partecipazione del vettore marittimo»²⁰. Con ciò dunque attribuendo al terminalista un obbligo complessivamente più ampio ed articolato rispetto a quello presente in capo al semplice concessionario di spazi pubblici.

È interessante notare come, già prima dell'entrata in vigore della l. 84/94, la dottrina avesse avuto modo di approfondire la nozione di *terminal operator*, presumibilmente facendo riferimento anche alle esperienze maturate negli altri Stati²¹.

In tal quadro, si era, in particolare, ritenuto possibile distinguere tre diversi tipi di *terminal*: a) il *terminal* situato in ambito portuale e munito di accosto per le navi, «fornito di tutto quanto è necessario per lo sbarco e imbarco delle stesse, oltre alle normali attrezzature per la movimentazione e stoccaggio»²²; b) il *terminal* collocato in area portuale ma privo di una propria banchina, su cui dunque possono essere svolte solo alcune tra le operazioni portuali (e non, ad esempio, quelle di imbarco e sbarco delle merci); c) il *terminal* posto al di fuori dell'ambito portuale, sul quale possono essere svolte le medesime attività previste *sub b*), benché fossero realizzate su aree esterne al porto.

Ed alla luce di ciò, la stessa dottrina aveva tentato di elaborare una definizione indicativa dell'espressione "*terminal container*", intendendola come quell' «area, portuale o non, debitamente attrezzata anche con mezzi

¹⁹ Sul punto, v. M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2005, nonché F. PACCIANI - G. LOFFREDA, *Sulle modalità di affidamento in concessione delle aree del demanio marittimo all'interno dei porti commerciali*, cit., 72.

²⁰ In questi termini, R. LONGOBARDI, *I porti marittimi*, cit., 346.

²¹ E. VINCENZINI, *Una realtà portuale e una figura giuridica nascente: il terminal operator*, in *Dir. trasp.*, 1989, II, 61.

²² *Id.*, 63.

di sollevamento e movimentazione propri, destinata allo sbarco, imbarco, movimentazione, conservazione, deposito, ricezione e consegna di merci containerizzate ed organizzato al fine di fornire agli utenti i necessari servizi per la sosta, la conservazione, lo smistamento delle merci in arrivo nel e dal porto»²³.

Rispetto alla definizione sopra riferita, la disciplina contenuta nell'art. 18 l. 84/94 appare dunque regolare un'ipotesi indubbiamente più circoscritta: basti del resto pensare, per avere una conferma sul punto, al fatto che quest'ultima non attiene a quelle aree che, pur demaniali, non ricadono nell'ambito portuale.

Una seconda delimitazione dell'ambito operativo della norma è invece connessa all'interpretazione che la dottrina più recente e la giurisprudenza hanno formulato sulla stessa: in tal senso si è cioè ritenuto che la concessione portuale esista in quanto il bene attribuito in concessione sia costituito da aree e banchine del porto²⁴. E ciò con l'espresso intento di separare l'ambito di operatività di tale fattispecie rispetto a quella prevista dall'art. 36 cod. nav.

Senonché, questa "interpretazione restrittiva", che dovrebbe contribuire a fare chiarezza circa la disciplina applicabile nei diversi casi che possono essere oggetto di esame, esclude la possibilità di configurare l'esistenza di un terminal anche ove all'area portuale interessata dalle operazioni portuali non sia connessa una banchina (ritenendo anche in quel caso applicabile la disciplina ex art. 36 cod. nav.).

Così limitando forse eccessivamente il reale intento perseguito dal legislatore.

4. Gli enti competenti al rilascio delle concessioni portuali. Il caso del porto di Monfalcone.

4.1. Il comma 1 dell'art. 18 l. 84/94 menziona tra gli enti preposti al rilascio delle concessioni portuali l' "Autorità portuale", l' "Autorità marittima" e l' "organizzazione portuale".

Com'è stato giustamente evidenziato in realtà, la formulazione della norma non appare però più in linea né con il quadro normativo costituzionale, né con la situazione di fatto attualmente rinvenibile nei porti italiani²⁵.

Per un verso, le organizzazioni portuali sono state, infatti, da tempo sostituite dalle Autorità portuali, mentre, per altro verso, la riforma della Costituzione, attuata con l. cost. n. 3/2001, non solo ha collocato all'interno

²³ ID., 64.

²⁴ V. *infra*.

²⁵ M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Riv. Dir. Nav.*, 2010, II, 469.

dell'art. 117 cost., i porti tra le materie oggetto di competenza concorrente Stato/Regioni insieme agli aeroporti ed alle grandi reti di trasporto (sul punto v. più avanti), ma ha altresì attribuito le funzioni amministrative ai Comuni, in attuazione del principio di sussidiarietà, salvo che tali funzioni non debbano essere attribuite a Province, Regioni, o allo Stato, per assicurarne l'esercizio unitario (art. 118, co. 1, cost.).

Così determinando una distinzione tra porti commerciali di interesse regionale o locale, amministrati dalle Regioni (o dagli altri enti pubblici territoriali di livello inferiore) e porti di interesse nazionale o internazionale, amministrati dalle Autorità portuali oppure, ove non istituite, dalle Autorità marittime²⁶. Ciò significa perciò che il rilascio delle concessioni portuali, ove di competenza delle Regioni nei porti commerciali ad esse affidati, dovrà comunque rispettare i principi contenuti nella l. 84/94, posto che si verte su una materia nella quale la Regione ha potestà legislativa concorrente con lo Stato.

Mentre, per quanto riguarda i “porti di interesse nazionale o internazionale”, amministrati dalle Autorità portuali (o marittime), la disciplina di riferimento è costituita, per l'appunto, esclusivamente dall'art. 18 l. 84/94.

4.2. Una situazione particolare si è invece realizzata nel porto friulano di Monfalcone²⁷.

Con l.r. 31 maggio 2012, n. 12, la Regione Friuli Venezia Giulia ha, infatti, disciplinato, congiuntamente, l'organizzazione e il funzionamento dei porti di Porto Nogaro e di Monfalcone, pur essendo quest'ultimo un porto di preminente interesse nazionale, rispetto al quale la Regione non avrebbe potestà legislativa.

L'iter che ha condotto all'introduzione della legge menzionata è stato piuttosto articolato: i presupposti della disciplina sono cioè da ricercare nel dpr n. 469/1987²⁸, con il quale è stato integrato il testo dello statuto della Regione Friuli estendendo anche ad essa quanto previsto per tutte le altre Regioni ordinarie con il dpr n. 616/1977, ed in particolare, la disposizione di cui all'art. 59 del menzionato dpr n. 616, con il quale venivano «*delegate alle regioni le funzioni amministrative sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sulle aree del demanio lacuale e fluviale, quando la utilizzazione prevista abbia finalità turistiche e ricreative*».

²⁶ ID., 470-471.

²⁷ Per un inquadramento generale della disciplina del porto di Monfalcone prima dell'introduzione della suesaminata legge regionale, v. V. GANZITTI, *Competenza legislativa della Regione Friuli Venezia Giulia in materia di gestione e regolazione del porto di Monfalcone*, in <http://www.dirittodelmercato.com/>.

²⁸ Come si evince dall'introduzione allo stesso disegno di legge n. 192.

Come già rilevato²⁹, la delega di tali funzioni alle Regioni non si applicava, infatti, «*ai porti e alle aree di preminente interesse nazionale in relazione agli interessi della sicurezza dello Stato e alle esigenze della navigazione marittima*» e la sua operatività veniva subordinata all'emanazione di un «*decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con i Ministri per la difesa, per la marina mercantile e per le finanze, sentite le regioni interessate*» diretto proprio alla «*identificazione delle aree predette*». Cosicché si è dovuto attendere, ai fini dell'attuazione della suindicata disposizione il 21 dicembre 1995, allorché è stato emanato il suindicato decreto³⁰.

In realtà, il trasferimento alla Regione Friuli delle funzioni amministrative relative al demanio marittimo, diverse da quelle aventi ad oggetto le concessioni con finalità turistico-ricreative, si è verificato, alla stregua di quanto avvenuto per le Regioni ordinarie, con il dlgs n. 112/1998, solo a seguito dell'approvazione del dlgs n. 111/2004 (ed in particolare, dell'art. 9).

In seguito, in forza del combinato disposto dell'art. 9, co. 2, e dell'art. 11, co. 2, del dlgs n. 111/2004, è stato sottoscritto il 23 ottobre 2006 il protocollo d'intesa tra Ministero dei Trasporti e la Regione Friuli Venezia Giulia ai fini della revisione del dpcm 21 dicembre 1995, nel quale si è preso atto, tra l'altro, del fatto che: «*le attività svolte complessivamente all'interno delle aree portuali di Monfalcone potrebbero trovare un più adeguato sviluppo nell'ambito di una visione organica delle infrastrutture, dell'intermodalità, e più in generale della logistica del Friuli Venezia Giulia (...)*» e che «*conseguentemente appare più rispondente all'interesse pubblico che all'esercizio delle funzioni amministrative delle precitate aree portuali di Monfalcone provveda direttamente la Regione Friuli Venezia Giulia*».

Il 2 settembre 2009 è stato pertanto emanato il dpcm diretto all'identificazione delle aree demaniali marittime e del mare territoriale di preminente interesse nazionale della Regione Friuli Venezia Giulia di revisione del dpcm 21 dicembre 1995, che ha recepito il citato protocollo d'intesa e dalla cui entrata in vigore, avvenuta il 1 aprile 2009, la Regione ha acquisito la competenza all'esercizio delle funzioni amministrative nell'ambito del Porto di Monfalcone, classificato porto di rilevanza nazionale. In tal quadro, l'art. 5, co. 7 l.r. 30 dicembre 2009, n. 24, (mod. dall'art. 166 l.r. 21 ottobre 2010, n. 17), ha stabilito che la Regione esercita,

²⁹ Si veda, sul punto, il § II.

³⁰ Con dpcm 21 dicembre 1995 (Gazz. Uff. 12 giugno 1996, n. 136, S.O.) venivano individuate le aree demaniali marittime escluse dalla delega alle Regioni di cui al citato art. 59. Peraltro, con sentenza 18-18 luglio 1997, n. 242 (Gazz. Uff. 23 luglio 1997, n. 30 - Serie speciale), la Corte costituzionale annullava il dpcm, limitatamente alla parte che concerne aree del territorio della Regione Liguria.

nell'ambito dei porti in questione, le funzioni amministrative di cui agli artt. 16 e 18 l. n. 84/1994, nonché quelle di cui all'art. 5, co. 3, periodo II, della medesima legge.

Con ciò, autorizzando pertanto la Regione Friuli Venezia Giulia al rilascio, in entrambi i porti, delle concessioni, delle autorizzazioni alle operazioni ed ai servizi portuali, nonché alla predisposizione del piano regolatore portuale.

L'introduzione di una disciplina portuale da parte della Regione Friuli, pur rappresentando un caso speciale nell'ambito della disciplina generale del settore portuale, solleva il dubbio se non sia auspicabile estendere la potestà legislativa regionale concorrente anche ai porti di interesse nazionale, circostanza che pare del resto più in linea con quanto previsto all'art. 117 Cost.³¹

Per un verso, si deve, infatti, ritenere che una disciplina specifica formulata direttamente dalle singole Regioni consenta effettivamente di beneficiare di una prospettiva più ampia e completa, in quanto proveniente dal territorio interessato. Per altro verso, non si può però nascondere un certo timore ove tale situazione conducesse ad un eccessivo affastellamento di discipline, in tal caso producendo un quadro difficilmente benefico per gli operatori del settore.

Perciò, pare che la questione meriti di essere esaminata con particolare attenzione.

5. L'ambito di applicazione della concessione portuale.

Come accennato, l'art. 18 l. 84/94 prevede che le concessioni portuali abbiano ad oggetto: 1) aree demaniali e banchine comprese «*nell'ambito portuale*», oppure 2) «*opere attinenti alle attività marittime e portuali collocate a mare nell'ambito degli specchi acquei esterni alle difese foranee anch'essi da considerarsi a tal fine ambito portuale*».

In entrambe le ipotesi, le concessioni devono dunque essere realizzate nell'ambito portuale.

In assenza di una specifica indicazione normativa sul significato di tale espressione, la dottrina ha cercato di chiarire quale fosse il preciso confine entro il quale circoscrivere tale ambito. In particolare sono state ipotizzate tre possibilità:

a) secondo un primo orientamento della dottrina, l'ambito portuale coinciderebbe con la circoscrizione amministrativa territoriale di ogni Autorità portuale, definita con decreto ministeriale ai sensi dell'art. 7, co. 7,

³¹ Sul punto, si v. anche più avanti.

l. 84/94³²;

b) secondo un altro orientamento, esso rappresenterebbe, invece, «una porzione della “circostrizione” del porto e precisamente quella destinata specificatamente dal piano regolatore alle utilizzazioni che configurano l’essenza stessa del “porto operativo” costituita dall’espletamento delle operazioni portuali»³³;

c) ad avviso di altri, infine, l’ambito portuale potrebbe estendersi anche oltre la circoscrizione territoriale amministrativa, comprendendo parti del territorio, anche non demaniali, «circostanti e funzionali all’operatività delle strutture portuali»³⁴, ancorché i sostenitori di quest’ultima posizione non concordino, in realtà, sull’esatta identificazione dei confini di tale zona³⁵.

In proposito, un’indicazione può, peraltro, essere tratta anche nelle *Linee guida per la redazione dei piani regolatori portuali del Ministero delle Infrastrutture* adottate con dm 19 maggio 2003, n. 115/cd, che ha previsto la possibilità che l’ambito portuale non coincida con la circoscrizione territoriale dell’Autorità portuale (o marittima), da un lato, perché da quest’ultima potrebbero rimanere escluse aree non strategiche e, dall’altro lato, perché potrebbe essere necessario includere all’interno dell’ambito portuale aree non demaniali, sebbene funzionalmente connesse con il porto³⁶.

È stato rilevato che i diversi orientamenti della dottrina hanno posto in risalto l’esistenza di due vincoli posti a definizione della nozione di ambito portuale, cioè: un vincolo di ordine geografico, per il quale l’ambito portuale debba necessariamente ricadere nella circoscrizione territoriale ed un vincolo di tipo funzionale, che consentirebbe di ricomprendere in tale definizione anche aree di proprietà privata o pubblica non facenti parte del demanio marittimo³⁷.

A prescindere dalle tesi esposte, è comunque evidente che ove si ritenesse superabile il vincolo geografico, in favore dell’esistenza di un solo vincolo funzionale, l’Autorità portuale potrebbe attribuire in concessione

³² Cfr. in particolare, M. CASANOVA, *Considerazioni sulla demanialità dei porti*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, 2010, 326-327 e G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, Milano, 2009, 61.

³³ G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, V, Milano, 2001, 38.

³⁴ F. PELLEGRINO, *L’ambito portuale e i piani regolatori portuali*, in *Giureta*, 2008 (reperibile su www.giureta.unipa.it).

³⁵ M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto marittimo e diritto comunitario*, Torino, 2001, 74.

³⁶ Sul punto, v. S.M. CARBONE – D. MARESCA, *Prospettive di riforma della legislazione in materia portuale*, in *Quad. reg.*, 2009, 3 1020.

³⁷ Cfr. M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, cit., 474, secondo la quale sarebbe imprescindibile fare riferimento al vincolo geografico per non rendere inapplicabile il regime concessorio ex art. 18 l. 84/94.

anche le aree non ricadenti nella circoscrizione territoriale solo previa acquisizione delle aree stesse al demanio marittimo (ove private), oppure previo accordo con le diverse autorità pubbliche competenti (nel caso di aree demaniali).

Con specifico riferimento alla sfera applicativa delle concessioni portuali, la difficoltà di determinare l'esatto significato della nozione di ambito portuale, oltre a rivestire un evidente problema di ordine pratico, acquisisce un rilievo di ordine sistematico.

Si è, infatti, già evidenziato come rispetto al più generale concetto di *terminal* portuale, la formulazione dell'art. 18 l. 84/94 sembri indicare una ipotesi di applicazione più circoscritta, quantomeno ove si consideri che l'istituto della concessione demaniale marittima, cui l'istituto apparentemente si richiama, può avere ad oggetto solo beni del demanio marittimo, venendo sostituita da strumenti di diritto privato diversi ove il terreno sia privato.

D'altra parte, qualora si attribuisse all'istituto della concessione portuale un significato più ampio, se non integralmente diverso, attribuendole natura di concessione di servizi, oppure di lavori, verrebbe conseguentemente meno anche un qualsivoglia vincolo attinente alla natura del bene su cui la stessa concessione si realizza: con ciò, "liberando" la nozione di ambito portuale da qualunque preclusione.

Uno specifico problema interpretativo, connesso alla sola concessione relativa alle "aree e banchine portuali" attiene all'esatta comprensione di quest'ultima espressione.

Secondo un orientamento giurisprudenziale la concessione portuale dovrebbe necessariamente vertere su un bene costituito, nel contempo, da "aree e banchine" del porto, non trovando invece applicazione ove l'atto concessorio si dovesse riferire in via esclusiva ad aree prive di banchine. In tal senso, il Consiglio di Stato ha, infatti, rilevato, seppure in via incidentale, che le concessioni di cui all'art. 18 della legge del 1994 «fanno riferimento, congiuntamente e non disgiuntamente, alle banchine ed alle aree portuali», distinguendosi così da quelle ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 36 cod. nav.³⁸

Tale conclusione, avversata da una parte della dottrina³⁹, non sembra in realtà del tutto convincente: al di là del fatto che «ciò che conta ai fini dell'applicazione dell'art. 18, non è tanto la tipologia degli spazi portuali quanto piuttosto il tipo di attività prestate dal concessionario terminalista», si deve, infatti, rilevare che le operazioni e i servizi portuali prestati dal terminalista, stando alla formulazione degli artt. 16 e 18 l. 84/94 possano prescindere dal carico/scarico merci ed essere realizzati anche in assenza di

³⁸ Cons. St., Sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3235.

³⁹ M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, cit., 472.

una concessione di banchine.

Con il che dovrebbe ritenersi che la formulazione dell'art. 18, laddove si riferisce a "concessione di aree e di banchine portuali", sia piuttosto da considerare come un'abbreviazione dell'espressione "concessione di aree portuali e di banchine portuali", alla stregua di quanto suggerito da una parte della dottrina⁴⁰.

Tali ipotesi, che sarebbe rappresentativa di una delle possibili estrinsecazioni della nozione di *terminal*, sembrerebbe dunque superare le considerazioni formulate dal Consiglio di Stato: se così fosse, la distinzione sostanziale tra concessione ex art. 36 cod. nav. e concessione portuale dovrebbe dunque essere rinvenuta esclusivamente sulla base delle attività prestate.

Circostanza che pare deducibile anche dallo stesso impianto normativo vigente.

6. Il problema dei "terminal dedicati".

In parte connesso alla questione della determinazione dell'ambito entro il quale possono essere affidate le concessioni, è il problema dei cd. "terminal dedicati".

Un "*dedicated terminal*" può essere semplicemente definito come un terminale portuale riservato dalla competente autorità concedente ad un singolo utente del porto o ad un armatore⁴¹: tale ipotesi si contrappone perciò alla tradizionale situazione in cui un determinato terminal sia reso accessibile a più utenti (cd. "*multi-user terminal*"), sebbene sia possibile rilevare casi in cui il terminal viene attribuito a due o più specifici terminalisti (cd. "*terminal semi-dedicated*"), purchè essi costituiscano un numero circoscritto e specifico.

Sotto un profilo meramente economico, si è evidenziato che il problema connesso alla scelta di ricorrere ad un terminal dedicato attiene a due aspetti principali: (a) anzitutto, alle eventuali perdite o guadagni che potrebbero discendere nel caso di separazione del terminal in servizi diversificati; (b) in secondo luogo, all'implicazione di una tale scelta nei riguardi degli altri operatori portuali non destinatari del terminal che verrebbero dunque da esso esclusi⁴².

Ora, questo secondo punto rileva su un piano più specificatamente giuridico.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ E. VAN HOOYDONK, *Legal aspects of port competition*, in M. HUYBRECHTS et al (eds.), *Port Competitiveness, An economic and legal analysis of the factors determining the competitiveness of seaports*, Uitgeverij De Boeck, Antwerp, 2002, 120 ss.

⁴² Si veda al riguardo la relazione di M. BENACCHIO – P. CARIU – H. HARALAMBIDES dal titolo *Dedicated containers terminals: costs and benefits from a port perspective* in <http://www.informare.it>.

È stato autorevolmente sostenuto⁴³ che, sebbene in linea di principio un'Autorità portuale sia libera di disciplinare la regolazione delle aree del porto di cui è gestore, come confermato dalla Convenzione di Ginevra del 1923, in realtà tale libertà sia parzialmente vincolata ove si consideri la generale applicabilità di tre principi fondamentali, cioè: (a) il principio di uguaglianza che proibisce ad un'Autorità portuale di discriminare gli operatori portuali senza un'oggettiva necessità, (b) il principio di diritto internazionale di libero accesso a coste e porti; (c) il divieto di abuso di posizione dominante e la correlata dottrina della cd. *Essential facility* che implica che gli operatori portuali non possano rifiutare l'accesso ai propri concorrenti se il porto o la struttura portuale di cui si tratta è essenziale per ottenere l'accesso al mercato dei trasporti marittimi.

Applicati astrattamente all'ipotesi di cui si discute, tali principi escluderebbero la possibilità per le Autorità portuali di dar vita a terminal dedicati, ove si consideri che questi ultimi sottrarrebbero l'accesso al porto ad alcuni operatori in favore di altri.

È stato però rilevato come nessuno dei principi suindicati implichi in realtà l'illegittimità di una tale fattispecie⁴⁴.

Quanto al principio di uguaglianza, non sembra infatti discriminatorio attribuire solo ad alcuni operatori la possibilità di operare su terminal dedicati nel caso in cui a tutti gli operatori sia concesso, in posizione di parità, di essere trattati allo stesso modo nel momento di scelta del soggetto cui sarà aggiudicato il terminal.

Né del resto vi sarebbero argomentazioni contrarie ad una tale conclusione ove si consideri che l'area data in concessione ha natura demaniale, posto che è intrinseca nella figura della concessione di beni pubblici la necessità di escludere la collettività dal godimento di un bene nel caso in cui questo bene sia attribuito dall'amministrazione in concessione ad un soggetto privato determinato.

Con riferimento alla eventuale violazione del principio internazionale di libero accesso alle coste, va detto che se da un lato, l'esclusione di operatori dall'uso del porto potrebbe effettivamente limitare il diritto di altri soggetti interessati, dall'altro lato, sarebbe altrettanto iniquo consentire a soggetti terzi di utilizzare strutture alla cui realizzazione essi non hanno contribuito nel caso in cui siano stati messi a disposizione dal concessionario del terminal dedicato. Situazione che presumibilmente non verrebbe attenuata ove pur contribuendo economicamente all'uso delle suindicate strutture, soggetti terzi imponessero di svolgere la loro attività al concessionario del terminal dedicato.

Infine, con riguardo al rapporto con la *Essential facility doctrine*, si ricorda che la stessa Commissione Europea ha circoscritto notevolmente il

⁴³ E. VAN HOOYDONK, *Legal aspects of port competition*, cit., 123.

⁴⁴ ID, 123 ss.

relativo ambito di tale applicazione nel settore portuale: sicché non sarebbe possibile ritenere che tale dottrina costituisca un ostacolo giuridico per consentire la realizzazione di terminal dedicati nei porti.

Nella l. 84/94 non vige alcun divieto per le Autorità portuali di creare terminal dedicati, basti pensare che l'art. 16, comma 7 della legge si limita a prevedere che le autorità portuali, allorché determinano il numero massimo di autorizzazioni per lo svolgimento delle operazioni e dei servizi portuali facciano riferimento *«alle esigenze di funzionalità del porto e del traffico, assicurando, comunque, il massimo della concorrenza nel settore»*.

Disposizione che non sembra dunque in contrasto con la fattispecie qui esaminata.

7. Le attività del terminalista.

7.1. Le diverse modificazioni cui è stato soggetto l'art. 18 l. 84/94, non sembra abbiano finora portato chiarezza sulle attività che possono essere svolte dal concessionario.

a) Innanzitutto, si riscontra un diverso regime in funzione della tipologia di concessione esaminata.

Per quanto concerne la concessione di aree e banchine, l'art. 18 ha cioè previsto il solo espletamento delle operazioni portuali, mentre in relazione alla concessione di costruzione e gestione di opere a mare, la norma sembra, aver “esteso” le attività che possono essere eseguite dal concessionario, ricomprendendo: per un verso, i “servizi portuali”, per altro verso, *« la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo, come individuati ai sensi dell'articolo 4, comma 3»*.

Tali previsioni non consentono di fornire un quadro sistematico delle attività esercitabili dal concessionario.

In via esemplificativa, non sembra vi siano dubbi sul fatto che, ove la concessione si svolga su aree e banchine del porto, il concessionario possa compiere tutte le operazioni portuali per le quali è autorizzato, essendo ciò espressamente previsto dalla norma⁴⁵. E, nello stesso senso, sembra doversi concludere anche in relazione alla concessione di costruzione e gestione di opere a mare. Più controversa appare, invece, la possibilità che il concessionario svolga i cd. “servizi portuali specialistici”, cioè quelle attività introdotte nell'art. 16 l. 84/94, dalla l. 30 giugno 2000, n. 136 a fianco delle operazioni portuali, consistenti nei servizi *«riferiti a prestazioni specialistiche, complementari e accessorie al ciclo delle operazioni portuali (...)individuati dalle autorità portuali, o, laddove non istituite, dalle autorità*

⁴⁵ Cioè, alla stregua dell'art 16 l. 84, *«il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito, il movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale, svolti nell'ambito portuale»*.

marittime, attraverso una specifica regolamentazione da emanare in conformità dei criteri vincolanti fissati con decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione»⁴⁶.

Sul punto, la dottrina ha però sostenuto, in modo condivisibile, che sussisterebbero ragioni di carattere normativo, sistematico e logico, a supporto di una siffatta possibilità⁴⁷.

In secondo luogo, si rileva che, in relazione alle concessioni di aree portuali destinate a depositi e stabilimenti di prodotti petroliferi e chimici, nonché alle concessioni per l'impianto e l'esercizio dei depositi e stabilimenti di cui all'articolo 52 cod. nav e delle opere necessarie per l'approvvigionamento degli stessi, l'art. 16 comma 7bis esclude che tali attività siano qualificate come "operazioni portuali" oppure "servizi portuali" e che siano soggette alla procedura di autorizzazione disciplinata dallo stesso art. 16, prevedendo espressamente che *«le disposizioni del presente articolo non si applicano ai depositi e stabilimenti di prodotti petroliferi e chimici allo stato libero, nonché di altri prodotti affini, siti in ambito portuale»*.

Il che lascerebbe intendere che queste ultime due tipologie di concessione portuale perseguano finalità specifiche e del tutto distinte rispetto a quelle sopra esaminate.

7.2. Un secondo problema concerne l'ampiezza delle attività svolte dal concessionario.

L'art. 18, comma 6, lett. b) prevede che gli aspiranti concessionari

⁴⁶ E che si distinguono rispetto alla più ampia categoria dei servizi portuali che comprendono oltre ai "servizi alle merci" (cioè, le operazioni portuali e, per l'appunto, i servizi portuali specialistici), anche i servizi tecnico-nautici alle navi (ossia, i servizi di pilotaggio, rimorchio, ormeggio e battellaggio) ed i servizi di interesse generale (servizi di illuminazione, pulizia e raccolta rifiuti, servizi idrici, stazioni marittime passeggeri, servizi informatici e telematici, ecc.), cfr. sul punto, M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, cit., 475-476.

⁴⁷ Cfr. M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, cit., 476, secondo cui sarebbe indubbio *«che il terminalista possa svolgere, oltre alle tradizionali operazioni portuali, anche tali attività. Se così non fosse, sarebbe tenuto a terziarizzare l'espletamento di tali servizi avvalendosi di imprese portuali autorizzate. Un siffatto obbligo – che non mi risulta espressamente imposto nella l. n. 84/1994 – non mi pare giustificabile da un punto di vista né tecnico, né giuridico. Tecnicamente, infatti, se il terminalista possiede adeguate attrezzature per svolgere servizi portuali specialistici potrebbe essere in grado di produrli ad un minor costo per l'utenza. Aggiungasi che sul piano giuridico occorre tener presente che tra i requisiti, che il legislatore impone ai richiedenti un'area portuale in concessione, vi è proprio il possesso di adeguate strutture tecniche ed organizzative tali da riuscire a «soddisfare le esigenze di un ciclo produttivo ed operativo a carattere continuativo ed integrato (art. 18, comma 6, lett. b)), ciclo che può completarsi anche grazie ai servizi portuali specialistici»*.

debbano possedere «*adeguate attrezzature tecniche ed organizzative, idonee anche dal punto di vista della sicurezza a soddisfare le esigenze di un ciclo produttivo ed operativo a carattere continuativo ed integrato per conto proprio e di terzi*».

Ciò ha posto l'interrogativo se gli stessi concessionari siano costretti necessariamente a svolgere le attività per le quali sono autorizzati sia per conto proprio sia per conto terzi⁴⁸.

Sul punto la dottrina ha proposto due soluzioni:

(a) la prima si basa esclusivamente sulla disposizione citata e conduce a ritenere percorribile solo la possibilità che l'attività espletata debba essere svolta, nel contempo, anche per conto terzi⁴⁹;

(b) la seconda, invece, si fonda su una lettura più complessiva della disciplina portuale, da cui si trarrebbe che non v'è alcun ostacolo che impedisca al concessionario di limitarsi ad eseguire l'attività per conto proprio⁵⁰.

Quest'ultima interpretazione, pur essendo in apparente contrasto con l'attuale formulazione dell'art. 18, sembra nondimeno preferibile, se non altro perché l'interpretazione più restrittiva della norma si sostanzierebbe in un'eccessiva limitazione nei confronti degli aspiranti concessionari e, in realtà, per le stesse Autorità portuali che sarebbero costrette ad attribuire concessioni così vincolanti.

Il che, tuttavia, non significa che le stesse Autorità portuali possano imporre un'interpretazione più rigorosa della norma, ove sia ritenuto necessario.

7.3. Sempre con riferimento alla previsione di cui all'art. 18, comma 6, lett. b), la dottrina si è interrogata sul significato da attribuire all'espressione «*ciclo produttivo ed operativo a carattere continuativo ed integrato*» che integrerebbe le attività del concessionario, al fine di comprendere entro quali margini gli sia concessa l'esternalizzazione di un servizio/operazione portuale⁵¹.

Anche su questo punto, sembrano essere rinvenibili due diverse soluzioni: (a) secondo la prima, l'espressione "ciclo integrato" dovrebbe essere interpretata quale «*attività produttiva che possa dirsi integrata perché somma e coordina diverse sottofasi del ciclo-nave, anche se non tutte*»⁵², con la conseguenza che il terminalista potrebbe esternalizzare, al fine di ottimizzare l'attività del proprio terminal, una serie consistente di

⁴⁸ G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 973 ss;

⁴⁹ In tal senso, C. INGRATOCCI, *La concessione di aree e banchine*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, V, 2007.

⁵⁰ Così, G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 974-975.

⁵¹ G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 976 ss.

⁵² ID, 977.

attività a terzi; (b) secondo una prospettiva opposta, invece, solo le attività distinte da quelle facenti parte del ciclo delle operazioni portuali potrebbero essere esternalizzate.

Quest'ultima interpretazione sembrava, apparentemente, essere stata accolta in un primo tempo dal legislatore, avendo previsto, all'art. 2, co. 2 del dm n. 132/2001 (adottato a seguito dell'introduzione nell'art. 16 della locuzione "servizi portuali" avvenuta con l. n. 186/2000), che *«il carattere complementare ed accessorio delle prestazioni da ammettere come servizi portuali è costituito dalla circostanza che, pur trattandosi di attività distinte da quelle facenti parte del ciclo delle operazioni portuali, siano funzionali al proficuo svolgimento del medesimo, contribuiscano a migliorare la qualità di quest'ultimo in termini di produttività, celerità e snellezza, risultino necessarie per eliminare i residui o le conseguenze indesiderate delle attività del ciclo»*.

Senonché, con la successiva l. n. 172/2003, è stato aggiunto un periodo al comma 7 della l. 84/94, nel quale si è specificato espressamente che *«su motivata richiesta dell'impresa concessionaria, l'autorità concedente può autorizzare l'affidamento ad altre imprese portuali, autorizzate ai sensi dell'articolo 16, dell'esercizio di alcune attività comprese nel ciclo operativo»*, così dunque consentendo al concessionario di affidare, a sua volta, a terzi anche attività riconducibili alla categoria delle operazioni portuali.

8. Il problema dell'adozione del dm ex art. 18, comma 1, l. 84/94 e l'applicazione residuale del cod. nav.

8.1. Una delle questioni più dibattute in relazione alla disciplina delle concessioni portuali attiene alla determinazione dei criteri per il loro affidamento.

Tale disciplina sarebbe dovuta essere contenuta in un decreto di futura emanazione, di competenza, in un primo tempo, del Ministro dei Trasporti e della Navigazione e, a seguito del dl 21 ottobre 1996, n. 535, convertito dalla l. 23 dicembre 1996, n. 64, di questo Ministero *«di concerto con il Ministro delle finanze»*.

Nella sua attuale formulazione, il co. 1 dell'art. 18 l. 84/94, si limita solo a prevedere che *«le concessioni sono affidate, previa determinazione dei relativi canoni, anche commisurati all'entità dei traffici portuali ivi svolti, sulla base di idonee forme di pubblicità, stabilite dal Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con il Ministro delle finanze, con proprio decreto. Con il medesimo decreto sono altresì indicati: a) la durata della concessione, i poteri di vigilanza e controllo delle Autorità concedenti, le modalità di rinnovo della concessione ovvero di cessione degli impianti a nuovo concessionario; b) i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono*

tenuti a versare».

Mentre il 2 co. impone che il decreto sia diretto ad *«adeguare, ndr) la disciplina relativa alle concessioni di aree e banchine alle normative comunitarie».*

Dunque, il decreto di cui trattasi dovrebbe (o, avrebbe dovuto) stabilire: (a) le modalità di pubblicizzazione delle procedure di affidamento elaborate dalle Autorità marittime (o portuali, laddove istituite); (b) la durata delle concessioni e le relative modalità di “gestione” da parte delle stesse Autorità, inclusi i poteri di vigilanza e di controllo posti in capo a queste ultime; (c) la misura minima dei canoni che i concessionari avrebbero dovuto corrispondere.

Come noto, a distanza di quasi vent’anni dall’introduzione della l. 84/94 non v’è però ancora traccia del decreto⁵³.

La perdurante inerzia dei Ministeri competenti ad adottare la auspicata regolamentazione è stata contestata non solo dalla dottrina, che ha rilevato la necessità di un tempestivo intervento in materia, ma anche dalla Corte dei Conti, che aveva espressamente rilevato, già diversi anni fa, come *«va negativamente valutata la mancata adozione, dopo oltre quattro anni dalla emanazione della l. n. 84/1994, del regolamento ministeriale previsto nell’art. 18 della stessa legge, che deve disciplinare la materia della concessione delle aree e delle banchine demaniali; occorre, pertanto, che il ministero vigilante si attivi per una tempestiva ottemperanza nei confronti di un preciso obbligo di legge»* (C. Conti, Sez. contr. enti, 7 maggio 1998, n. 30)⁵⁴.

Tale situazione ha posto il problema di quale sia, in assenza dell’intervento ministeriale, la disciplina cui fare riferimento al rilascio delle concessioni portuali.

Si rammenta che, inizialmente, in attesa dell’adozione del suindicato decreto, il Ministero dei Trasporti aveva emanato una circolare illustrativa e preparatoria (la Circolare n. 41 del 6 maggio 1996), che prevedeva talune regole procedurali da applicare a seguito dell’entrata in vigore del decreto stesso.

Senonché, dato che tale circolare era stata trasmessa esclusivamente alle sole Autorità portuali, affinché potessero stabilire come comportarsi in

⁵³ E ciò, nonostante anche la Commissione Europea, con pubblicazione pubblicata in GUCE, 12 novembre 1996, C339/6, avesse sollecitato lo Stato Italiano ad adottare il regolamento in parola.

⁵⁴ Di tenore analogo, C. Conti, sez. contr. enti, 19 aprile 1994, n. 15, secondo cui *«i provvedimenti di concessione di aree e banchine demaniali marittime ai sensi dell’art. 2, 7° comma, l. 24 dicembre 1993 n. 537 devono essere oggetto di regolamentazione governativa, e non più rimessi all’ampia discrezionalità dell’amministrazione portuale: ciò al fine di assicurare la massima concorrenza nel settore e la parità di condizioni tra gli operatori; pertanto, va censurato il comportamento omissivo del ministro vigilante e del governo per il mancato adempimento regolamentare».*

attesa nell'emanazione del decreto, essa non è stata ritenuta vincolante nei confronti delle imprese, che hanno continuato a fare riferimento alla disciplina del cod. nav. ed al regolamento di attuazione. In ciò confortate dalla previsione dell'art. 20 l. 84/94, secondo cui, fino all'entrata in vigore delle norme attuative della legge, avrebbero dovuto trovare applicazione le disposizioni previgenti.

A supporto dell'applicazione residuale del codice, in assenza del previsto decreto ministeriale, si sono espresse tanto la dottrina⁵⁵, quanto la giurisprudenza, che, a riguardo, hanno avuto modo di rilevare come, ai fini della disciplina delle forme di pubblicità richieste con riguardo alle domande di concessione di aree demaniali e banchine comprese nell'ambito portuale, la mancata adozione del decreto non avrebbe impedito «*il rilascio di concessioni in quanto a norma del successivo art. 20 fino all'entrata in vigore delle norme attuative continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti*»⁵⁶.

In tal quadro è stato però rilevato come in realtà l'applicazione della disciplina del codice alla fattispecie in esame debba essere temperata sotto svariati profili⁵⁷.

Il che presuppone anzitutto la disapplicazione delle norme del codice incompatibili con la l. 84/94, oppure in contrasto con i principi dell'ordinamento dell'Unione europea sulla libera prestazione dei servizi e sull'azione delle Amministrazioni nazionali, già recepite nella normativa interna di carattere generale.

In tal senso, è, infatti, necessario rilevare che l'applicazione dei principi fondamentali del Trattato in relazione alle forme di concessione di cui si

⁵⁵ G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, Milano, 2009, 132 ss. e C. INGRATOCI, *La concessione di aree e banchine*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, V, 2007.

⁵⁶ Così, Tar Puglia, Lecce, 11 giugno 2001, n. 2704 e Cons. St., Sez. VI 1 luglio 2008, n. 3326, che ha confermato Tar Genova, Sez. I, 20 marzo 2007.

In tal senso si era inoltre già espressa prima anche la Corte dei Conti, che aveva rilevato che «*in materia di concessione dei beni demaniali marittimi, la normativa dettata dal codice della navigazione è ancora interamente applicabile, giacché per la sua parziale sostituzione potrà essere operativa soltanto quando con la disciplina amministrativa posta in essere ai sensi dell'art. 6, 9° comma, d.l. 19 dicembre 1992 n. 484 («nuova disciplina della concessione delle aree demaniali e le banchine nell'ambito portuale destinate ad attività di carico e scarico e deposito merci ecc.»), verrà a realizzarsi il nuovo ordinamento concessorio delle aree demaniali e delle banchine portuali; pertanto, è conforme a legge la deliberazione del consiglio di amministrazione dell'ente autonomo del porto di Savona con la quale, ai sensi del codice della navigazione e del relativo regolamento, si è provveduto alla concessione ad una società di aree demaniali portuali per operazioni di carico e scarico, con fatti e atti che precedono l'emanazione del d.l. 19 dicembre 1992 n. 484 e della conseguente normazione amministrativa prevista per l'operatività della nuova normativa al riguardo contenuta nel predetto decreto legge*» C. Conti, sez. contr. enti, 16 febbraio 1993, n. 4.

⁵⁷ D. MARESCA, *La libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, in *Il Diritto marittimo*, 2012, 288.

discute non può essere posta in dubbio⁵⁸.

Com'è stato ricordato dalla Commissione Europea nella già menzionata "Comunicazione su una politica europea dei porti" del 18 ottobre 2007, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha da tempo affermato che, per quanto diversamente qualificati all'interno degli ordinamenti interni degli Stati, i contratti delle amministrazioni che danno luogo ad attività economiche rilevanti da parte di operatori economici sono sottoposti all'obbligo dell'osservanza dei generali principi del Trattato. Così imponendo in tali casi di esperire procedure concorrenziali nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità⁵⁹.

In altri termini, a prescindere dalla qualificazione che della concessione portuale può essere attribuita dal diritto nazionale, essa, implicando la regolazione dell'«accesso all'area portuale sulla terraferma (che, ndr) è una condizione preliminare per la prestazione di servizi di movimentazione di merci», deve essere sottoposta ai suindicati principi generali del diritto europeo.

E ciò, alla stregua di quanto stabilito, in via generale, dalla Corte di Giustizia a partire dalla nota sentenza *Telaustria*, ove la Corte aveva sostenuto che, sebbene un contratto fosse stato escluso allo stadio allora vigente del diritto comunitario dalla sfera di applicazione della direttiva in materia di appalti, sul presupposto che «la controprestazione fornita dalla prima impresa alla seconda consiste nell'ottenimento, da parte di

⁵⁸ L'applicazione anche alle concessioni demaniali marittime dei principi comunitari in tema di concorrenza è ormai riconosciuta all'unanimità dalla giurisprudenza interna. Ciò ha reso sostanzialmente inapplicabile la disciplina di cui all'art. 37 del codice della navigazione che prevede il diritto di insistenza in capo al concessionario al termine del periodo di concessione. Sul punto, si veda ad es. la recente pronuncia della CGA in sezione giurisdizionale che ha avuto modo di ribadire tale orientamento rilevando che «il vigente ordinamento, sulla scia di significativi impulsi provenienti dal diritto comunitario, è oggi attestato sulla necessità che le Amministrazioni pubbliche adottino procedure comparative ad evidenza pubblica ogni volta che debbano affidare commesse o beni pubblici di interesse economico. Tale necessità non riguarda il solo settore degli appalti pubblici: la giurisprudenza amministrativa ritiene infatti, come si è detto sulla scia di importanti decisioni della stessa Corte di giustizia CE, che l'inveramento nell'ordinamento nazionale di fondamentali principi di diritto comunitario, enunciati direttamente nel Trattato CE (libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, nonché criteri di imparzialità e trasparenza), non possa prescindere dall'assoggettamento delle pubbliche Amministrazioni all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente (cfr. VI Sez. n. 5765 del 2009). Da tali acquisizioni giurisprudenziali non può ritenersi estranea la materia delle concessioni di beni pubblici ed in particolare delle concessioni demaniali marittime, ancorché risultasse (all'epoca dei fatti in controversia) codificato nell'ambito dell'art. 37 del codice della navigazione il c.d. diritto di insistenza in favore del precedente concessionario, in occasione della rinnovazione del rapporto concessorio» (CGA, sez. giurisd., 30 marzo 2011, n. 288).

⁵⁹ Si veda più specificatamente il § III.

quest'ultima, del diritto di sfruttare, ai fini della sua remunerazione, la propria prestazione», gli enti aggiudicatori che lo avevano stipulato sarebbero stati «cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare»⁶⁰.

8.2. Queste considerazioni sono sintomatiche dell'approccio adottato dall'Unione europea in relazione alle concessioni di beni demaniali marittimi, viepiù diretto a regolare, all'interno del rapporto tra operatori ed amministrazioni, le modalità di svolgimento delle attività oggetto del rapporto stesso, considerando l'affidamento degli spazi pubblici destinati ad ospitare tale servizio essenzialmente quale mero presupposto di quest'ultimo⁶¹.

⁶⁰ Cfr. ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00 e sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324, Teleaustria c. Post & Telekom Austria. A ciò soggiungendo che *«tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione».*

⁶¹ Emblematica in tal senso pare la decisione adottata dalla Corte di Giustizia nella causa C-224/97-Erich Ciola contro Land Vorarlberg (cd. "Caso Ciola") nella quale la Corte, assimilando la messa a disposizione di posti barca ad un vero e proprio servizio, ha rilevato che *«l'art. 59 del Trattato va interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro vieti al gestore di un porto per imbarcazioni da diporto, comminando, in caso di inosservanza, sanzioni penali, di concedere in locazione posti barca, oltre un determinato contingente, a proprietari di imbarcazioni residenti in un altro Stato membro. Tale limitazione dei posti barca viola infatti il divieto, posto dall'art. 59, n. 1, del Trattato, di ogni discriminazione, anche indiretta, nei confronti del destinatario della prestazione. Essa non può giustificarsi sulla base della necessità di riservare a proprietari locali l'imbarcazione e l'accesso a tali posti barca, in quanto questi ultimi rischierebbero di essere accaparrati da persone residenti in un altro Stato membro e disposti a pagare canoni locativi più elevati. Scopi di natura economica in favore dei proprietari locali non possono costituire motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica tali da rendere compatibili con il diritto comunitario normative nazionali discriminatorie. Poiché le norme del Trattato sono direttamente efficaci nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro e il diritto comunitario prevale sul diritto nazionale, queste disposizioni attribuiscono agli interessati dei diritti che le autorità nazionali devono rispettare, e ogni disposizione contraria di diritto interno diviene inapplicabile nei loro confronti. Così, da un lato, soggetti all'obbligo di disapplicare disposizioni contrastanti della legge interna sono non solamente i giudici nazionali, ma anche tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali; d'altro lato, tra tali disposizioni di diritto interno figurano disposizioni vuoi legislative, vuoi amministrative, laddove queste ultime non includono unicamente norme generali ed astratte, ma anche provvedimenti amministrativi individuali e concreti. Ne consegue che, essendo l'art. 59 del Trattato divenuto fonte di diritto immediata nel nuovo Stato membro dal momento della sua adesione, un divieto emanato anteriormente all'adesione all'Unione europea non attraverso una norma generale ed astratta, bensì attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo, che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi, va disapplicato nella valutazione della*

In questo contesto, è noto come l'atteggiamento del legislatore nazionale a tutela dell'affidamento dei concessionari di beni demaniali marittimi abbia portato la Commissione Europea a notificare all'Italia una lettera di messa in mora, finalizzata all'apertura di una procedura di infrazione, avente per oggetto l'illegittimità del rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime previste all'art. 37, co. 2 cod. nav.⁶² In particolare, la Commissione, in tale occasione, ha ribadito che le attività economiche esercitate dai concessionari su aree demaniali marittime devono essere considerati come "servizi", rispetto ai quali vengono in rilievo i principi del Trattato contenuti all'art. 49, in tema di libertà di stabilimento e all'art. 56 sulla libera prestazione dei servizi⁶³.

Accanto a tali principi, la Commissione ha ritenuto altresì applicabile alle concessioni demaniali marittime l'art. 12 della cd. direttiva servizi, ove impone l'esperimento di una procedura imparziale, trasparente e pubblica affinché il numero di prestatori di servizi in relazione ad una determinata attività sia limitato in ragione della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili.

Al fine di evitare il sorgere del contenzioso, il Governo italiano, con lettera del 5 marzo 2010 ha notificato alla Commissione l'adozione di una norma che abroga il secondo periodo del secondo comma dell'art. 37 del codice. Ciononostante, la Commissione ha ritenuto non superata l'infrazione contestata ed ha notificato all'Italia una lettera di messa in mora complementare per sottolineare la permanenza dell'illegittimità rispetto alla normativa europea⁶⁴.

Nonostante il rilevato contrasto della disciplina del codice rispetto alla direttiva servizi, deve comunque sottolinearsi come quest'ultima non sia applicabile in relazione alle concessioni portuali, dato che l'art. 2, co. 2, lett. d) della direttiva prevede espressamente che essa non si applica nei confronti dei «*servizi nel settore dei trasporti, ivi compresi i servizi portuali, che rientrano nell'ambito di applicazione del titolo V del trattato CE*».

L'integrazione della disciplina del cod. nav, rispetto ai principi europei

legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza di tale divieto dopo la data dell'adesione stessa».

⁶² In argomento, v. D. MARESCA, *La libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, cit., 307.

⁶³ In particolare la Commissione ha contestato all'Italia (a) la compatibilità del diritto di insistenza di cui all'art. 37 cod. nav. con i principi di cui all'art. 43 Trattato Ce e dell'art.12 di cui alla direttiva servizi n. 2006/123/CE; b) la compatibilità del rinnovo automatico della concessione alla scadenza sessennale di cui all'art. 1, c. 2, d.l. 400/1993, conv. L. 494/1994, e successivamente modificato dall'art. 10 l. 88/2001. A parere della Commissione detti due aspetti contrastano con i principi di libertà di stabilimento delle imprese comunitarie (art. 43 Trattato CE) e di imparzialità, trasparenza e pubblicità delle procedure di selezione dei concessionari (art. 12, direttiva 2006/123/CE).

⁶⁴ D. MARESCA, *La libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, cit., 307.

sembra essere comunque ormai riconosciuto dalla giurisprudenza interna, sebbene tale approdo sia stato giustificato sulla base di motivazioni non sempre condivisibili⁶⁵.

In tal quadro, deve dunque ritenersi, ad esempio, non applicabile la previsione contenuta anche nella già richiamata Circolare ministeriale n. 41/1996 secondo cui per l'affidamento delle concessioni portuali debba provvedersi alla mera pubblicazione nell'albo del comune dove si trova il bene, non essendo sufficiente tale modalità ad integrare la corretta pubblicizzazione delle procedure di gara per l'affidamento delle concessioni portuali⁶⁶.

E, parimenti, deve ritenersi altresì applicabile la disciplina di cui all'art. 18 reg. nav. mar., ove impone la pubblicazione delle domande per le concessioni «*di particolare importanza per l'entità o per lo scopo*», solo alla luce del diritto comunitario⁶⁷.

Inoltre, il divieto di affidare concessioni demaniali marittime senza previo esperimento di gara (fattispecie che comprende anche l'ipotesi di una loro proroga automatica), è stato espressamente sancito anche dalla Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità di numerose leggi regionali che prevedevano una siffatta possibilità, «*per violazione dell'art. 117 comma 1 cost., poiché contrasta con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza*», in quanto «*la previsione di un rinnovo automatico della proroga in favore del soggetto già possessore della concessione (...) è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari*»⁶⁸.

Il che conferma la generale applicabilità dei principi del diritto europeo in materia di concessioni di beni demaniali marittime.

Secondo una tesi più recente, l'applicazione diretta dei principi europei alla disciplina delle concessioni portuali sarebbe peraltro conseguenza del fatto che perlomeno le previsioni «*self executing*» contenute all'art. 18 l. 84/94 possono, stante l'assenza dell'attuazione ministeriale, essere ritenute direttamente applicabili.

In tal senso, dovrebbero cioè già considerarsi operative tutte quelle norme che possono trovare applicazione a prescindere dall'introduzione di una qualsivoglia norma regolamentare, quale il co. 2 dell'art. 18 che impone la conformità della disciplina alla disciplina ed a principi europei; il comma 5, che consente la stipulazione di accordi sostitutivi ai provvedimenti

⁶⁵ ID., 300.

⁶⁶ ID., 299.

⁶⁷ Così, Cons. St., n. 168/2005; sul punto v. G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali: riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni; procedure e criteri di organizzazione*, in *Quad. reg.*, 2009, 3, 956.

⁶⁸ Corte cost., 26 novembre 2010, n. 340; in questi termini, v. anche Corte cost., 18 luglio 2011, n. 213.

concessori, etc..

La considerazione appare certamente condivisibile e sembra sia stata in parte seguita anche nella prassi.

9. Il superamento dell'attuazione ministeriale alla luce della l. cost. 3/2001: verso una disciplina regionale?

Nelle more dell'auspicata adozione del decreto ministeriale, è intervenuta la nota riforma costituzionale realizzata con l. cost. n. 3/2001, che ha riscritto il titolo V della parte II della Carta in relazione alle autonomie regionali e locali.

In particolare, la riforma ha inserito i porti tra le materie di competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni previste nell'art. 117 cost., stabilendo che al primo spetta solo la determinazione dei principi della relativa disciplina essendogli inibito, ai sensi del co. 5 della norma, l'esercizio del potere regolamentare.

Tale situazione ha dato vita ad un interessante dibattito circa la concreta validità dell'art. 18 l. 84/94, nella parte in cui prevede che la regolazione specifica delle procedure di affidamento delle concessioni dovrebbe essere attribuita al Ministro dei Trasporti e della Navigazione di concerto con il Ministro delle finanze⁶⁹.

Al riguardo, è possibile registrare in via del tutto schematica due correnti di pensiero: la prima⁷⁰ favorevole al mantenimento della competenza ministeriale nella regolazione della materia, la seconda⁷¹, invece, orientata a riconoscere alle Regioni, in linea con la previsioni costituzionale, la competenza ad introdurre una specificazione attuazione dei principi stabiliti in materia dallo Stato.

⁶⁹ G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 935 ss; nello stesso senso G. DE VERGOTTINI, *Le competenze in materia di porti alla luce della riforma della Costituzione*, in *dir. amm.*, 4, 593; M. G. VERMIGLIO, *Porti e reti di trasporto e di navigazione tra Stato e Regioni (dopo la modifica del Titolo V della Costituzione)*, in *Dir. Trasp.*, 2003, 449 e M. MARESCA, *Il riparto delle competenze legislative nell'ordinamento italiano con riguardo alla materia del trasporto e dei porti. L'incidenza dei principi fondamentali e degli obblighi internazionali*, in *dir. comm. internaz.*, 2002, 273; G. PIERANTOZZI, *Profili giuridici e normativi del federalismo portuali*, in *Dir. mar.*, 2004, 775; G. ACQUARONE, *Le attività di promozione, programmazione e regolazione delle autorità portuali*, in *dir. mar.*, 2008, 703; F. MUNARI, *La trasformazione dei porti da aree demaniali portuali a mercati: amministrazione e gestione delle aree portuali tra sussidiarietà e privatizzazione*, in *Dir. mar.*, 2004, 374; Sul punto v. anche L. CUOCOLO, *Il rilievo strategico dei porti tra diritto ed economia*, in *Quad. reg.*, 2009, 3, 927.

⁷⁰ G. PIERANTOZZI, *Profili giuridici e normativi del federalismo portuali*, cit., 703.

⁷¹ G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 935 ss; nello stesso senso G. DE VERGOTTINI, *Le competenze in materia di porti*, cit.; M.G. VERMIGLIO, *Porti e reti di trasporto e di navigazione tra Stato e Regioni (dopo la modifica del Titolo V della Costituzione)*, cit.; M. MARESCA, *Il riparto delle competenze legislative nell'ordinamento italiano con riguardo alla materia del trasporto e dei porti*, cit.

Com'è stato acutamente rilevato, la risoluzione della questione passa, a sua volta, attraverso la risoluzione di ulteriori tre centrali problematiche che attengono: 1) alla potestà legislativa dello Stato in tema della tutela della concorrenza ex art. 117, co. 2, cost.; 2) alla possibile estensione dei principi fondamentali di cui è riservata allo Stato la definizione nelle materia di legislazione concorrente; 3) alla possibile attribuzione allo Stato della potestà legislativa derivante dall'assunzione di funzioni amministrative in sussidiarietà ex art. 118 cost⁷².

Senza addentrarsi nell'affrontare le singole questioni suindicate, già esaminate nel dettaglio dalla dottrina che se n'è occupata, è possibile comunque rilevare che la disposizione costituzionale contenuta nell'art. 117 cost. non sembra lasciare spazio a dubbi circa l'attribuzione alle Regioni della potestà di legiferare in relazione alle procedure di affidamento delle concessioni portuali.

D'altro canto, non si può ignorare il fatto che sussistono gravosi ostacoli a concludere in tale senso ove si consideri l'orientamento della giurisprudenza costituzionale nello sciogliere questioni di competenza in materie che possono costituire un parametro di riferimento: si pensi ad esempio proprio alla problematica della tutela della concorrenza, in relazione alla quale la Corte costituzionale ha sostenuto la prevalenza della normativa statale⁷³.

A ciò si aggiungono ulteriori considerazioni che potrebbero deporre a sfavore della possibile attribuzione alle Regioni della potestà di attuare la disposizione di cui all'art. 18 l. 84/94.

Anzitutto, il fatto che tale potestà sia effettivamente applicata indistintamente a tutti i porti, compresi quelli di interesse nazionale ed internazionale. Tale considerazione, infatti, nonostante il diverso parere di una parte della dottrina che limiterebbe la potestà legislativa concorrente delle Regioni ai soli porti regionali⁷⁴, sembrerebbe essere in linea sia con la generale previsione contenuta nell'art. 117 cost. che non fa distinzione di alcun genere tra le diverse classificazioni dei porti, sia con la contestuale previsione della potestà regionale concorrente in relazione alle grandi reti di trasporto.

Ora, laddove si ritenesse riferibile la competenza legiferativa regionale a tutti i porti si incorrerebbe nel rischio di avere una disciplina eterogenea in relazione alle procedure selettive di affidamento delle concessioni portuali, imponendo un ulteriore ostacolo di carattere normativo agli operatori

⁷² G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 935.

⁷³ Proprio la generale e «supina» estensione delle decisioni della Corte costituzionale in materia di tutela della concorrenza è peraltro fortemente criticata da G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 939-944.

⁷⁴ F. MUNARI, *La trasformazione dei porti da aree demaniali portuali a mercati: amministrazione e gestione delle aree portuali tra sussidiarietà e privatizzazione*, in *Dir. mar.*, 2004, 394.

portuali all'accesso al mercato portuale. L'effetto di tutto ciò pur non essendo strettamente di natura giuridica, bensì pratica, potrebbe cioè concretizzarsi in un ulteriore irrigidimento del sistema, senza concretamente ricavarne un effettivo beneficio.

Un secondo problema che osta all'attribuzione della potestà legiferativa delle Regioni, nella materia che ci occupa, è stato evidenziato dalla stessa dottrina favorevole alla tesi "regionalista"

È stato cioè rilevato che, laddove si riconoscesse alle Regioni la suindicata potestà legislativa in materia di procedure di affidamento delle concessioni portuali, si produrrebbe «*inevitabilmente l'effetto di sottoporre le autorità portuali all'osservanza delle norme regionali con riguardo all'esercizio di proprie funzioni amministrative di (autorizzazione e) concessorie demaniali*»⁷⁵.

Va però rilevato che una siffatta conseguenza, rispetto alla quale oltretutto non sono mancate voci assolutamente favorevoli⁷⁶, non sembra autonomamente ostativa della attribuzione potestativa regionale prevista sul piano costituzionale, pur incidendo di certo nei rapporti Stato-Regioni e, soprattutto, nelle relazioni tra questi ultimi e le Autorità portuali la cui natura di ente pubblico nazionale non può, tuttavia, sottrarla all'attuazione delle previsioni costituzionali.

In definitiva, sembra dunque possibile sostenere che l'attuazione ministeriale dell'art. 18 l. 84/94, quand'anche intervenisse, potrebbe portare le Regioni a sollevare un conflitto di attribuzioni avanti la Corte costituzionale nei confronti dello Stato in merito all'ente effettivamente competente a legiferare nella materia delle procedure di affidamento delle concessioni portuali. Le obiezioni rivolte nei confronti dell'attribuzione della potestà legiferativa in materia, non sembrano, infatti, completamente persuasive della correttezza della tesi contraria, nonostante evidenzino l'esistenza di una serie di questioni la cui risoluzione non sembra effettivamente agevole.

Una soluzione certa dipenderà probabilmente solo dalle decisioni che verranno adottate dagli enti coinvolti.

10. L'affidamento delle concessioni portuali.

10.1. La presentazione dell'istanza di concessione.

In linea di principio, la procedura di rilascio della concessione portuale, pur soggetta ai principi del diritto europeo di trasparenza, pubblicità e concorrenza, può essere avviata sia dal soggetto privato, come previsto dal

⁷⁵ G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 950.

⁷⁶ M. MARESCA, *Il riparto delle competenze legislative*, cit., 292 e 305 e lo stesso G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 951.

cod. nav. (e dalla Circolare n. 41/96), sia su iniziativa autonoma dell'Autorità portuale interessata.

Nel primo caso, sono applicabili le previsioni contenute all'art. 5 reg. nav. mar., secondo cui *«chiunque intenda occupare per qualsiasi uso zone del demanio marittimo o del mare territoriale o pertinenze demaniali marittime, o apportarvi innovazioni, o recare limitazioni agli usi cui esse sono destinate, deve presentare domanda al capo del compartimento competente per territorio»*. Trovando così applicazione anche le successive disposizioni dello stesso regolamento, per quanto compatibili con la disciplina portuale.

Alla perdurante applicazione della disciplina del cod. nav. fa espresso riferimento anche l'art. 8, co. 3, lett h), l. 84/94, il quale prevede che il presidente dell'Autorità portuale *«amministra le aree e i beni del demanio marittimo compresi nell'ambito della circoscrizione territoriale di cui all'articolo 6, comma 7, sulla base delle disposizioni di legge in materia, esercitando, sentito il comitato portuale, le attribuzioni stabilite negli articoli da 36 a 55 e 68 del codice della navigazione e nelle relative norme di attuazione»*.

In realtà, l'applicazione della disciplina del codice e delle procedure previste dal regolamento deve ritenersi sensibilmente ridimensionata: com'è stato, infatti, sottolineato, l'applicazione di tale disciplina nei confronti delle procedure di affidamento delle concessioni portuali comporterebbe una *«disparità di trattamento – per il fatto che non tutte le domande sono presentate contestualmente e che coloro che si candidano in seguito alla pubblicazione possono già conoscere la prima domanda – nonché insufficienti garanzie di trasparenza ed imparzialità, per il fatto che i criteri di aggiudicazione vengono necessariamente formati quando le domande (quantomeno la prima sono già note o comunque conoscibili)»*⁷⁷. Tanto da ritenere che *«le procedure per l'assentimento delle concessioni debbano essere ormai intese necessariamente come procedure ad iniziativa d'ufficio o, quantomeno, con una centralità propulsiva e conformitiva dell'amministrazione, sconosciuta al sistema di codice della navigazione e del relativo regolamento»*⁷⁸.

È però necessario precisare che se è vero che le procedure previste dal regolamento si possono porre in contrasto con i principi europei, è altresì vero che questo non incide necessariamente sulla possibilità che sia il soggetto privato a farsi promotore di iniziative di tipo concessorio all'interno di un porto.

Un'interpretazione così rigorosa del regime di affidamento delle concessioni potrebbe, infatti, condurre ad una rigidità del sistema che forse

⁷⁷ G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 933.

⁷⁸ ID, 959. *Contra*, invece C. INGRATOCCI, *op. cit.* che sembra invece ritenere *tout court* applicabile la disciplina del codice e del regolamento.

va oltre il reale intento per cui sono posti i principi in questione.

E dunque ad un effetto non del tutto benefico per lo stesso sistema dei porti.

Si segnala che in relazione alla duplice possibilità di avvio della procedura, parte della dottrina ha ritenuto che la l. 84/94 avrebbe introdotto un «diverso approccio al tema delle modalità di affidamento in concessione dei beni in questione»⁷⁹. Un approccio tale da implicare che «l'assegnazione di aree per legge destinate a determinate utilizzazioni abbia messo fuori gioco il procedimento selettivo disegnato dal codice della navigazione, fondato sulla libera iniziativa del proponente e sulla eventuale comparazione di forme di sfruttamento diverse, secondo il criterio della «più proficua utilizzazione» del bene e della sua maggiore rispondenza ad un «più rilevante interesse pubblico»; e al contempo, come la natura delle attività in questione (...) abbia imposto l'assoggettamento alle regole dell'evidenza pubblica di matrice comunitaria, esplicitamente richiamate dall'art. 18, comma 3»⁸⁰.

Questa considerazione, che fa leva su una concezione delle operazioni portuali intese quali pubblici servizi (che qui si respinge), non sembra però interamente condivisibile.

a) In primo luogo, perché la sottoposizione della concessione portuale alle regole dei principi europei (in tema di concorrenza, trasparenza etc..) non pare connessa intrinsecamente alla natura delle attività svolte dall'operatore portuale, bensì proprio alla possibilità di utilizzare più proficuamente possibile il bene interessato⁸¹. Tanto che anche l'affidamento delle tradizionali concessioni di beni del demanio marittimo deve rispettare i medesimi principi europei.

Inoltre, anche considerando il porto alla stregua di un "mercato", secondo la prospettiva europea, la necessità di una selezione al suo ingresso è

⁷⁹ Cfr. F. PACCIANI - G. LOFFREDA, *Sulle modalità di affidamento in concessione delle aree del demanio marittimo all'interno dei porti commerciali*, in *Diritto dei Trasporti*, 2009, 66 ss.

⁸⁰ ID., 69.

⁸¹ In questo senso si è recentemente espresso anche Cons. Stato Sez. VI, 4 maggio 2009, n. 2784, secondo cui «si configura indenne da ogni vizio di violazione delle regole di imparzialità nonché dei criteri di ragionevolezza, che devono presiedere la scelta discrezionale dell'Amministrazione, l'aver scelto, in una procedura di valutazione comparativa per il rilascio di un titolo di concessione demaniale di area ad uso di ormeggio battelli ed imbarco e sbarco di passeggeri, la società che meglio risponde al criterio di proficuo utilizzo del bene demaniale. L'aver privilegiato, infatti, la società che assicura lo svolgimento migliore del servizio di trasporto passeggeri, sia per la durata (assicurandolo per l'intero arco dell'anno) sia per la molteplicità di località che si assicura di raggiungere, configura quel più intenso e continuo utilizzo della concessione di attracco, che integra la nozione di "proficua utilizzazione" cui fa richiamo l'art. 37 cod.nav., ed anche il connesso miglior perseguimento dell'interesse pubblico, per la continuità del servizio collettivo di trasporto passeggeri all'interno della circoscrizione portuale».

connessa solo all'intrinseca "scarsità" del bene su cui si svolgono le operazioni ed i servizi portuali, non alla natura di queste ultime attività ed allo stesso scopo è diretto anche l'eventuale contingentamento delle autorizzazioni portuali.

b) In secondo luogo, perché vi sono numerosi elementi che inducono a ritenere tuttora esistente la possibilità che l'affidamento della concessione portuale avvenga su iniziativa del privato (fermo rispettando ovviamente il rispetto dei principi europei nella susseguente procedura di evidenza pubblica).

E cioè: sul piano normativo, il rimando dell'art. 8 l. 84/94 alla disciplina del codice in materia di gestione delle aree del porto e l'applicabilità residuale dello stesso codice alla disciplina portuale, in forza dell'art. 20 della l. 84/94; sul piano sistematico, il fatto che la Commissione Europea abbia comunque ritenuto che una procedura di evidenza pubblica avviata su istanza di un privato possa ritenersi conforme ai principi comunitari, purché sia consentito ad ogni altro potenziale interessato di presentare una domanda concorrente⁸².

In altri termini, sicuramente l'approccio alla materia previsto nella l. 84/94 differisce rispetto a quello contenuto nel codice, tuttavia, entrambe le prospettive non sembrano incompatibili, quanto, piuttosto, complementari tra di loro: in tal quadro, la concessione portuale viene delineata come un istituto del tutto flessibile, la cui gestione deve soddisfare, al contempo, tanto le imprese terminaliste, quanto le Autorità portuali e gli interessi collettivi che esse rappresentano.

Il che farebbe indurre a ritenere tuttora sussistente la possibilità per i privati di presentare la propria istanza al fine di sollecitare l'Amministrazione a rilasciare apposite concessioni ai sensi dell'art. 18 l. 84/94.

10.2. La valutazione della domanda.

L'Autorità portuale, alla stregua delle competenze attribuitele dall'art. 6 l. 84/94, può attivarsi autonomamente per promuovere l'affidamento delle aree non ancora concesse.

In relazione alle modalità di presentazione della domanda di partecipazione al confronto concorrenziale posto in essere dalla Autorità portuale, il comma 6 dell'art. 18 l. 84/94 prevede che i destinatari della concessione:

(a) debbano presentare, all'atto della domanda, un programma di attività,

⁸² Ci si riferisce a quanto rilevato dalla Commissione nel libro verde dedicato ai partenariati pubblico-privati ed alla materia degli appalti pubblici e concessioni, sul punto v. ancora D. MARESCA, *La libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, cit., 305.

supportato da idonee garanzie, anche di tipo fideiussorio, volto all'incremento dei traffici e alla produttività del porto;

(b) siano in possesso di adeguate attrezzature tecniche ed organizzative, idonee anche dal punto di vista della sicurezza a soddisfare le esigenze di un ciclo produttivo ed operativo a carattere continuativo ed integrato per conto proprio e di terzi;

(c) prevedano un organico di lavoratori rapportato al programma di attività di cui alla lett. *sub* (a).

I criteri indicati dalla norma dovranno essere contenuti nel bando di gara pubblicato dall'Autorità portuale.

Con riguardo alla suindicata disciplina, una parte della dottrina ha rilevato che essa presenterebbe «*caratteri di ampia discrezionalità, non sempre riconducibili al mero dato tecnico*»: in particolare, sarebbe equivoca la richiesta rivolta al concessionario di presentare, in relazione all'area concessa, un «*programma di attività, volto all'incremento dei traffici e alla produttività del porto*», dal momento che proprio tale obiettivo è quello che deve essere perseguito *ex lege* dalla stessa Autorità portuale⁸³.

A ciò si deve aggiungere che, proprio perché è integralmente discrezionale la valutazione di tale obiettivo, l'Autorità dovrebbe elasticamente valutarne anche l'effettivo raggiungimento.

In realtà, i parametri di valutazione della domanda presentata dall'aspirante concessionario sembrano consistere, piuttosto, nei piani di investimento prospettati e nella capacità del soggetto ad eseguire le operazioni portuali connesse al rilascio della concessione, valutata sulla base dei requisiti personali e professionali (quali ad es. precedenti esperienze) del concessionario.

La valutazione si complica nel caso (del tutto frequente) in cui alla concessione dell'area per l'espletamento delle suddette attività si accompagni la realizzazione di determinate infrastrutture: in tal caso, infatti, l'Autorità sarà tenuta ad introdurre specifici criteri volti a scegliere il soggetto migliore.

10.3. La competenza per il rilascio della concessione e la determinazione dei canoni concessori.

La competenza per il rilascio della concessione portuale si diversifica a seconda della sua durata.

L'art. 8, comma 3, lett. i) prevede, infatti, che il Presidente dell'Autorità portuale «*rilascia, sentito il comitato portuale, le autorizzazioni e le concessioni di cui agli stessi articoli quando queste abbiano durata non superiore a quattro anni, determinando l'ammontare dei relativi canoni, nel rispetto delle disposizioni contenute nei decreti del Ministro dei trasporti e*

⁸³ C. INGRATOCCI, *op. cit.*

della navigazione di cui, rispettivamente, all'articolo 16, comma 4, e all'articolo 18, commi 1 e 3».

Mentre, ove la durata delle concessioni sia superiore a quattro anni, l'approvazione della relativa delibera, oltre alla durata dei canoni, è di competenza del Comitato portuale, su proposta del Presidente dell'Autorità Portuale.

Alle norme che delineano l'organo competente a rilasciare la concessione portuale, da integrare nel caso in cui si provveda all'instaurazione del rapporto mediante "accordi sostitutivi" ai sensi dei commi 4-5 dello stesso art. 18 l. 84/94, si affiancano le previsioni relative alla determinazione dei canoni concessori.

A tal proposito, si ritiene che debbano valere le regole previste per le concessioni demaniali marittime dal dl 400/93 (conv. in l. n. 494/93), sebbene l'art. 7, comma 1, dello stesso decreto preveda espressamente che *«gli enti portuali potranno adottare, per concessioni demaniali marittime rientranti nel proprio ambito territoriale, criteri diversi da quelli indicati nel presente decreto, che comunque non comportino l'applicazione di canoni inferiori rispetto a quelli che deriverebbero dall'applicazione del decreto stesso»*⁸⁴.

Sul punto, si rileva inoltre che l'art. 1, co. 993, della l. n. 296/2006 (cd. "Legge Finanziaria per il 2007"), ha previsto che *«gli atti di concessione demaniale rilasciati dalle autorità portuali, in ragione della natura giuridica di enti pubblici non economici delle autorità medesime, restano assoggettati alla sola imposta proporzionale di registro ed i relativi canoni non costituiscono corrispettivi imponibili ai fini dell'imposta sul valore aggiunto»*⁸⁵.

Così, tra l'altro, cercando di porre fine alla *vexata* questione della qualificazione giuridica dei canoni concessori.

10.4. Il rapporto tra requisiti soggettivi dei concorrenti e criteri di aggiudicazione.

L'esame dei criteri sulla base dei quali deve essere valutata l'offerta del

⁸⁴ I successivi commi dello stesso articolo aggiungono, inoltre, che *«negli ambiti territoriali degli enti portuali, l'utilizzazione degli immobili demaniali da parte di altre amministrazioni dello Stato, per lo svolgimento di funzioni o compiti attinenti ad attività marittime o portuali, non comporta corresponsione di alcun canone. L'adozione di autonomi criteri di determinazione delle misure dei canoni non potrà comportare la disapplicazione della disciplina della materia quale indicata dalla lettera i) del comma 1 dell'art. 3 e dal comma 2 del medesimo articolo. Per le aree date in concessione alle società sportive non aventi finalità di lucro, gli enti portuali non potranno determinare incrementi delle misure dei canoni di cui al presente decreto».*

⁸⁵ La questione della natura del canone di concessione ha interessato una parte della dottrina (...).

concessionario ha portato una parte della dottrina a rilevare come l'aggiudicazione della concessione portuale, sulla base di solo questi parametri, non sarebbe in realtà in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia elaborata in materia di appalti⁸⁶. E ciò perché tali criteri, pur essendo compatibili con la finalità pubblica sottesa all'affidamento della concessione, atterrebbero in realtà solo alle caratteristiche soggettive del candidato, che però rappresentano un parametro ben diverso rispetto ai veri e propri criteri di aggiudicazione dell'offerta⁸⁷.

In questo quadro, è stato peraltro considerato che, trattandosi di una distinzione (criteri soggettivi/parametri di aggiudicazione) che in realtà è connessa essenzialmente all'applicazione delle direttive in materia di appalti e non direttamente ai principi del Trattato, non dovrebbe comportare un ostacolo immediato nei confronti delle procedure concorsuali esperite dalle Autorità.

Le considerazioni sono senz'altro condivisibili.

Va però sottolineato il fatto che, ove le concessioni portuali facciano riferimento espresso ad istituti previsti nel codice dei contratti, non sembra essere privo di fondamento il rischio che tale questione venga decisa in modo diverso, qualora venga sollevata avanti ai tribunali amministrativi nazionali.

Un ulteriore elemento di criticità nella disciplina, che è stato posto in luce dalla dottrina, attiene al fatto che taluni criteri previsti dall'art. 18 l. 84/94, in realtà si fonderebbero su eventi "futuri ed incerti", la cui valutazione da parte dell'amministrazione sarebbe del tutto discrezionale, oltre che priva di riscontri attuali e concreti⁸⁸. Si tratta anche in questo caso di una considerazione condivisibile, ancorché i criteri previsti dalla normativa appaiano, in realtà, in linea con la necessità che la scelta del concessionario premi il soggetto che garantisca il miglior progetto di sviluppo del porto.

Oltre al fatto che la stessa l. 84/94 conferisce all'Autorità portuale specifici poteri volti ad un controllo costante dell'attività del concessionario che sembra diretto proprio a supplire l'iniziale discrezionalità nella scelta del candidato.

Del resto, va sottolineato come anche nella materia degli appalti pubblici il divieto di commistione tra criteri soggettivi di qualificazione e parametri di valutazione dell'offerta sia stato di recente oggetto di rimeditazione, da parte della giurisprudenza.

Tanto che sul punto il Consiglio di Stato ha osservato che, pur costituendo tale divieto un «*principio generale regolatore delle gare pubbliche (...) Tuttavia, va tenuto presente che spesso sussiste una commistione inestricabile tra il canone oggettivo di valutazione dell'offerta*

⁸⁶ G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 967 ss.

⁸⁷ ID., 969 ss.

⁸⁸ ID., 971-972.

ed il requisito soggettivo del competitore; tale commistione inestricabile, che rende in concreto non pertinente il generale divieto, viene in rilievo quante volte la lex specialis valorizzi non già i requisiti soggettivi in sé intesi bensì quei profili soggettivi diretti a riverberarsi in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata»⁸⁹.

Considerazione che sembra riferibile anche al caso di cui discute.

11. Il rapporto con l'art. 16 l. 84/94 e la teoria dell'atto presupposto.

Un'altra questione dibattuta è rappresentata dal rapporto tra l'autorizzazione allo svolgimento delle operazioni portuali e la stessa concessione del terminal.

Com'è noto, l'art. 16 l. 84/94 prevede che l'esercizio delle operazioni e dei servizi portuali, espletate per conto proprio o di terzi, sia soggetto ad autorizzazione dell'autorità portuale o, laddove non istituita, dell'autorità marittima.

A ciò soggiungendo, al comma 4, che *«ai fini del rilascio delle autorizzazioni di cui al comma 3 da parte dell'autorità competente, il Ministro dei trasporti e della navigazione, con proprio decreto, da emanarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, determina: a) i requisiti di carattere personale e tecnico-organizzativo, di capacità finanziaria, di professionalità degli operatori e delle imprese richiedenti, adeguati alle attività da espletare, tra i quali la presentazione di un programma operativo e la determinazione di un organico di lavoratori alle dirette dipendenze comprendente anche i quadri dirigenziali; b) i criteri, le modalità e i termini in ordine al rilascio, alla sospensione ed alla revoca dell'atto autorizzatorio, nonché ai relativi controlli; c) i parametri per definire i limiti minimi e massimi dei canoni annui e della cauzione in relazione alla durata ed alla specificità dell'autorizzazione, tenuti presenti il volume degli investimenti e le attività da espletare; d) i criteri inerenti il rilascio di autorizzazioni specifiche per l'esercizio di operazioni portuali, da effettuarsi all'arrivo o alla partenza di navi dotate di propri mezzi meccanici e di proprio personale adeguato alle operazioni da svolgere, nonché per la determinazione di un corrispettivo e di idonea cauzione (...)»*.

La suindicata disposizione, a cui è stata data attuazione mediante il dm 31 marzo 1995, n. 585, impone cioè ai soggetti che intendano svolgere operazioni e servizi di munirsi di un'autorizzazione, rilasciata dall'Autorità portuale (o marittima). E che, ai fini, del rilascio di questa autorizzazione, l'Amministrazione debba valutare in capo al richiedente il possesso di determinati requisiti.

In tal quadro, la dottrina ha rilevato come sia controversa l'integrazione

⁸⁹ Cons. St., Sez. V, 23 gennaio 2012, n. 266.

tra tali disposizioni rispetto a quelle previste all'art. 18 l. 84/94⁹⁰. In tal senso, è stato, in particolare, rilevata un'evidente contraddizione tra l'art. 16 l. 84/94, ove impone ai soggetti che intendono svolgere le operazioni ed i servizi portuali di presentare «*un programma operativo*» corrispondendo un canone determinato anche in base all'entità degli investimenti previsti e delle attività da espletare, e l'art. 18 della stessa legge che prevede la presentazione di un «*programma di attività, (...) volto all'incremento dei traffici e alla produttività del porto*»: dato che non pare ragionevole che sul medesimo programma l'Autorità portuale sia tenuta a compiere una duplice valutazione⁹¹.

Né, peraltro, sembra possibile sostenere che i due programmi sottoposti alla valutazione dell'amministrazione possano concretamente divergere rispetto agli obiettivi delle rispettive disposizioni, comportando un inutile aggravio incombente sull'aspirante terminalista. Ciò ha portato dunque a ritenere che sia più corretto che l'Autorità portuale esperisca un unico procedimento diretto al rilascio contestuale dell'autorizzazione e della concessione, in quanto attinenti al programma di attività proposto dall'impresa interessata⁹².

Diversamente, un'altra parte della dottrina ha ritenuto che le imprese, per potersi candidare all'assentimento della concessione dovrebbero preventivamente essere già in possesso di un'autorizzazione allo svolgimento delle operazioni (e dei servizi) portuali ai sensi dell'art. 16 l. 84/94⁹³.

E quest'ultima tesi ha avuto un certo riscontro anche nella giurisprudenza più recente, secondo cui «*l'assegnazione della concessione per lo svolgimento delle attività portuali può essere assentita solo nei confronti dei soggetti che hanno già maturato un valido titolo (iscrizione al registro delle imprese od equipollente) allo svolgimento di tale intrapresa, dovendosi con ciò intendere che il legislatore ha ritenuto che la corretta esplicazione delle procedure usuali in un porto risponda ad un preciso interesse pubblico, al cui rispetto è subordinato il rilascio del titolo su cui si controverte. A tale riguardo si possono citare le pronunce (...) che hanno ritenuto che le concessioni quale è quella per cui è lite possono essere assegnate solo alle imprese iscritte negli appositi registri di cui all'art. 16 comma 3 della legge*

⁹⁰ D. MARESCA, *La libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, cit., 307 ss.; G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 951; M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, cit., 467.

⁹¹ G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali*, cit., 788 ss. e G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 951

⁹² In questo senso, da ultimo D. MARESCA, *La libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, cit., 308.

⁹³ C. INGRATOCCI, *op. cit.*

28 gennaio 1994, n. 84»⁹⁴

In sostanza la riferita giurisprudenza ha cioè ritenuto che il rilascio dell'autorizzazione alle operazioni portuali costituisce un atto presupposto, indispensabile ai fini dell'ottenimento della concessione del terminal per le imprese interessate.

Di diverso avviso è invece stato il Giudice siciliano d'Appello che, riformando la decisione del Tar, ha ritenuto che *«anche a considerare propedeutica tale autorizzazione per le concessioni, il relativo provvedimento non si può considerare atto presupposto della concessione. L'atto presupposto è quell'atto amministrativo che funge appunto da presupposto di altro. Presupposto, in termini giuridici, è un fatto giuridico (quindi anche un atto) la cui assenza impedisce ad un successivo fatto o atto giuridico di produrre i suoi effetti perché impedisce il completamento della sua fattispecie. La carenza di un requisito soggettivo, viceversa, non impedisce ad un provvedimento autorizzatorio di dispiegare i suoi effetti giuridici, incidendo, se del caso, solo sulla sua legittimità, ma non sulla esistenza fattuale o giuridica (nullità)»*.

Così rilevando, di conseguenza, che *«l'autorizzazione in questione, quindi, non è atto presupposto, vero è che, invece, qualora necessaria sarebbe condizione di legittimità della concessione. Ma in tal caso non necessariamente essa deve intervenire prima della istanza di concessione demaniale. Il possesso preventivo dei requisiti soggettivi deve essere richiesto espressamente dalla norma o dal provvedimento amministrativo generale (...), ma ove ciò non avvenga è sufficiente che intervenga prima della determinazione della p.a. sulla istanza di concessione, ed in particolare quando l'autorità preposta ai due provvedimenti sia la stessa come nel caso di specie»*.⁹⁵

Il riferito contrasto interpretativo pare fondarsi su un approccio opposto alla materia: ove ci si attenga all'esame testuale delle singole disposizioni ed alla *ratio* ad esse sottesa (consistente nel fatto che qualunque operatore che accede al mercato portuale deve essere autorizzato al fine di espletare le attività di cui trattasi), appare cioè persuasiva l'interpretazione più restrittiva.

Tuttavia, ove si consideri la questione in una prospettiva sistematica, sembra più opportuno, invece, concludere che l'interpretazione più convincente consista nel ritenere che un'impresa possa comunque presentare la propria richiesta di concessione, pur essendo priva della prevista autorizzazione, in modo tale che all'atto della domanda il programma da essa presentata sia valutato sia nella prospettiva dell'art. 16, sia in quello dell'art. 18 l. 84/94.

⁹⁴ Tar Liguria, Sez. I, 26 maggio 2008, n. 1083.

⁹⁵ Cons. Giust. Amm. Sic., 22 aprile 2008, n. 329; in tal senso, anche Cons. St., Sez. VI, 6 giugno 2008, n. 2721.

Una diversa interpretazione si espone, infatti, al rischio di dar luogo ad aggravio burocratico del tutto evitabile.

12. Gli ostacoli alla generale applicabilità delle disposizioni in materia di contratti pubblici.

Si è prima sostenuto come non vi siano più dubbi sull'applicabilità dei principi dell'ordinamento europeo in relazione alle procedure di aggiudicazione delle concessioni portuali, essendo la giurisprudenza interna, oltre che quella della stessa Corte di Giustizia, sostanzialmente unanime sul punto.

Appare, invece, notevolmente più controverso stabilire se ed in quale termini possano trovare applicazione le disposizioni previste in tema di appalti e concessioni (di servizi e di lavori), dalle direttive europee, nonché le previsioni del diritto nazionale contenute nel dlgs 163/2006 (codice dei contratti pubblici).

Le difficoltà di questo esame sono connesse a molteplici aspetti: in proposito, basti solo pensare, infatti, che il risultato dell'indagine può mutare radicalmente in funzione della natura da attribuire alla concessione portuale, oppure, delle diverse forme di concessione previste all'art. 18 l. 84/94.

La dottrina ha sostenuto come la concessione portuale, ove considerata quale insieme di attività (cioè, le operazioni portuali) rese dal terminalista, possa soggiacere alla previsione contenuta all'art. 7 della direttiva 2007/17/CE, ove si disciplinano gli appalti pubblici di lavori e servizi (ma non le concessioni) nei settori speciali, estendendo l'applicazione della direttiva *«alle attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai seguenti fini: (...) b) messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali»*⁹⁶.

Alla luce di ciò, alcuni autori hanno ritenuto che le procedure previste nella direttiva per l'aggiudicazione degli appalti connessi alle attività portuali, nonché le disposizioni relative all'affidamento delle concessioni di lavori nei settori ordinari potrebbero essere applicabili anche alle concessioni portuali⁹⁷.

⁹⁶ Nel perimetrare l'applicazione della direttiva agli appalti concernenti le operazioni ed i servizi portuali, il Tar Cagliari, con ord., 1 aprile 2003, n. 69, ha avuto modo di chiarire, in particolare, che *«l'appalto per l'affidamento del servizio relativo alle diverse operazioni portuali consistenti, in particolare, nel carico, scarico, trasbordo, deposito, movimento in genere delle merci e mezzi imbarcati o sbarcati su e da navi di sua proprietà (...) rientra, sotto il profilo sia oggettivo sia soggettivo, nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria e nazionale di recepimento, dettata per i c.d. "settori esclusi"»*.

⁹⁷ G. GIUDARELLI, *Porti e aeroporti*, in *Commentario Breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di G. CARULLO - G. IIUDICA, Padova, 2009, 1149.

Ad avviso di altri studiosi, invece, il riferimento all'art. 7 della direttiva 2007/17/CE condurrebbe, in realtà, non a ritenere applicabile direttamente alla concessione portuale la direttiva, essendo la norma richiamata riferibile solo agli appalti e non alle concessioni, bensì solo a fornire un supporto alla tesi che ritiene riferibile all'istituto in esame i principi del trattato, alla stregua di quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia nella già citata sentenza *Telaustria*⁹⁸.

Quest'ultima tesi troverebbe oltretutto conferma nella disciplina nazionale: posto che l'art. 216 del dlgs 163/2006, riprendendo quanto previsto all'art. 18 della stessa direttiva 2007/17/CE, esclude espressamente dall'applicazione del codice le concessioni di lavori e servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitino una o più attività relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai fini della messa a disposizione di porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto marittimi.

Il che, com'è avvenuto in occasione dell'introduzione della citata direttiva Bolkenstein, confermerebbe, d'altra parte, anche «*la volontà politica degli Stati membri di sottrarre le concessioni dall'applicazione delle regole proprie degli appalti*»⁹⁹.

In tale contesto, le attività che devono essere assoggettate alle procedure di evidenza pubblica disciplinate nelle direttive comunitarie in tema di appalti, dovrebbero cioè essere «*strumentali allo sfruttamento dell'area geografica ai fini della messa a disposizione della stessa col solo limite della non applicabilità dei lavori e servizi affidati in concessione in quanto rispondenti ad un interesse generale della collettività in ragione del carattere provvisorio, cioè concessorio del rapporto e non già privatistico*»¹⁰⁰.

In proposito, è stato segnalato che l'approccio della giurisprudenza nazionale, riflettendo la cultura giuridica della nostra dottrina in materia sarebbe distante rispetto alla nozione di concessione formulata dalla Corte di Giustizia ancorata a criteri prettamente economici¹⁰¹. Cionondimeno in entrambi le prospettive adottate si tende a concludere per l'inapplicabilità delle direttive europee alle concessioni di cui trattasi: perciò il risultato non cambia.

Ad ulteriore supporto delle considerazioni fin qui svolte si aggiunge il fatto che l'art. 142 del codice dei contratti, richiamando l'art. 27 dello stesso, che prevede che per l'affidamento delle concessioni di lavori e servizi nei settori speciali siano soggette solo al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento trasparenza e

⁹⁸ D. MARESCA, *La libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, cit., 300 ss.

⁹⁹ ID., 300.

¹⁰⁰ ID., 301.

¹⁰¹ *Ibidem*.

proporzionalità (imponendo di invitare almeno cinque concorrenti alle procedure concorsuali), esclude l'estensione della disciplina ordinaria in materia di concessioni di lavori pubblici alle concessioni di lavori e servizi portuali¹⁰².

Con ciò, apparentemente, confermando quanto sopra rilevato.

13. I nuovi orientamenti della giurisprudenza amministrativa e la possibile applicazione del cd. "contratto di disponibilità".

13.1. Le suesposte concezioni si devono però confrontare con la crescente esigenza delle Autorità portuali di servirsi degli istituti previsti nel codice dei contratti, laddove procedono all'affidamento di concessioni portuali.

In altri termini, posto che le Autorità portuali non si limitano esclusivamente ad attribuire in concessione ai privati spazi ricadenti nell'ambito portuale, ma chiedono alle imprese terminaliste di attrezzare *ex novo* le aree e le banchine oggetto dell'attività, o di modificarne la struttura, ciò implica che il rilascio delle concessioni portuali debba seguire la medesima impostazione che è propria della disciplina del codice dei contratti.

In questa prospettiva, l'estensione analogica delle disposizioni del codice alla fattispecie della concessione portuale non solleva però solo un dubbio specifico in relazione alle modalità di applicazione delle stesse disposizioni, ma produce altresì una frattura di ordine sistematico attinente all'effettivo (e dunque obbligatorio) recepimento della normativa del codice in relazione alla fattispecie in esame.

Sul punto, soccorre una recente pronuncia del Giudice amministrativo, il quale ha previsto che, dovendo la concessione portuale essere ormai concepita quale vero e proprio contratto pubblico, alla stregua dei contratti di cui al dlgs 163/2006, *«l'iscrizione della concessione demaniale al contratto (pubblicistico) risponde dunque ad un'esigenza inemendabile, ed ha quale corollario l'applicabilità, almeno in astratto ed ove non diversamente disposto, della disciplina contenuta nel codice dei contratti in tema dei soggetti a cui possono essere affidati i contratti: consorzi stabili, consorzi e raggruppamenti temporanei, perlomeno in tesi, possono aspirare, fatti salvi gli interessi pubblici indisponibili, a divenire partners concessionari»*¹⁰³.

La considerazione esposta dal Tar ligure, peraltro un po' criptica, sembrerebbe cioè indurre a ritenere direttamente vincolante la disciplina del

¹⁰² L'art. 142 del codice prevede espressamente, infatti, che *«sono escluse dal campo di applicazione del presente codice, le concessioni affidate nelle circostanze previste dagli articoli 17, 18, 22, 31. Ad esse si applica l'articolo 27»*.

¹⁰³ Tar Liguria - Genova, Sez. II, 24 maggio 2012, n. 747.

codice dei contratti pubblici, ove non fosse diversamente previsto nelle specifiche procedure concorsuali esperite in relazione alle concessioni portuali.

Qualora così fosse, non sembra peregrino rilevare che tale soluzione, potrebbe avere due conseguenze di ordine generale: da un lato, avrebbe l'innegabile vantaggio di fare chiarezza in merito alla disciplina applicabile alle concessioni portuali; dall'altro lato, aprirebbe ad una serie di potenziali problemi sia di ordine sistematico (si pensi, ad esempio, alla già esaminata questione delle competenze delle Regioni a regolare le procedure concorsuali, oppure al contrasto con le previsioni delle direttive europee in materia di servizi portuali, nonché in tema di appalti nei settori speciali), sia di ordine pratico, quali il pericolo di un irrigidimento delle stesse procedure di aggiudicazione.

Il che impone forse una riflessione più approfondita da parte del legislatore sul punto.

13.2. Il riferimento alla suindicata decisione apre ad un altro problema, connesso alla fase di individuazione dei soggetti aspiranti beneficiari delle concessioni portuali.

Si è visto che l'art. 18 l. 84/94 prevede la verifica in capo agli aspiranti concessionari del possesso di una serie di requisiti necessari al fine di conseguire la concessione. Ciò può, tuttavia, avere una concreta utilità fintanto che il beneficiario della concessione sia effettivamente il terminalista.

Ma non è detto che sia necessariamente così: nel momento in cui l'oggetto del rapporto di concessione comprende, oltre al godimento dell'area e della banchina portuale, anche la loro infrastrutturazione, non è, infatti, escluso che la concessione si realizzi attraverso un rapporto "trilatero", implicando cioè, al di là del soggetto terminalista deputato alla esecuzione delle operazioni portuali e dell'Autorità concedente, anche un terzo soggetto, che può essere un finanziatore (ovvero, una banca), oppure un'impresa costruttrice.

La ricorrenza di una fattispecie di questo genere sembra oltretutto quasi implicita con riferimento al regime delle concessioni di costruzione e gestione delle opere a mare, anch'esse ricadenti nell'ambito applicativo dell'art. 18 l. 84/94.

L'operazione descritta, non prevista dall'art. 18 l. 84/94, può trovare una sua regolazione attraverso l'estensione analogica delle disposizioni del codice, pur ciò comportando un adeguamento del bando di gara per l'individuazione del concessionario terminalista alle esigenze di determinare i requisiti per il soggetto finanziatore oppure costruttore delle opere anch'esse oggetto di concessione.

13.3. La possibile applicazione del dlgs 163/2006 alla concessione portuale ha sollevato l'interrogativo se sia possibile riferire a quest'ultima anche il cd. contratto di disponibilità, recentemente introdotto dal dl n. 1/2012¹⁰⁴ all'art. 160ter del codice.

In via generale, il "contratto di disponibilità" è definito al comma 15bis dell'art. 3 del codice come «*il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti*»¹⁰⁵.

Si tratta cioè di un contratto a prestazioni corrispettive, avente ad oggetto la realizzazione di un'opera e la sua successiva concessione in uso con l'ulteriore onere per il concedente di garantirne, mediante specifiche attività, la costante fruibilità da parte dell'utente.

Ora sebbene l'art. 160ter preveda che l'opera sia trasferita in proprietà all'utente, oppure rimanga di proprietà privata, va detto che ove venisse riferita al caso di specie, potrebbe in realtà trovare applicazione solo la prima ipotesi in questione, dal momento che la proprietà del bene realizzato, insistendo su un bene demaniale non può che essere acquisito alla proprietà del demanio.

In linea teorica, il contratto di disponibilità pare essere difficilmente sovrapponibile alla figura della concessione portuale: dato che mentre quest'ultima, come visto, ha ad oggetto attività del tutto private, l'istituto previsto dal codice dei contratti è espressamente diretto a consentire «*la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio*». In tal senso, questa tipologia di contratto sembra sia cioè destinata solo a soddisfare l'esigenza di realizzare una struttura espressamente destinata all'esercizio di un servizio pubblico, finalità che, per l'appunto, esulano da quelle perseguite attraverso l'esecuzione di operazioni portuali¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Convertito nella l. 24 marzo 2012 n. 27.

¹⁰⁵ Cfr. E. ROBALDO, *Il contratto di disponibilità*, in www.lexitalia.it/.

¹⁰⁶ Dello stesso tenore sembrano essere, infatti, anche le riflessioni di E. ROBALDO, *op. cit.*, per cui «*al riguardo, occorre valutare se la nozione di servizio pubblico debba essere restrittivamente intesa, con l'effetto di impedire la possibilità di ricorrere alla nuova forma di contratto per opere destinate ad attività della pubblica amministrazione che non siano strettamente connesse all'erogazione di un servizio pubblico. Esiste, infatti, un consolidato orientamento giurisprudenziale che postula come requisito essenziale della nozione di servizio pubblico il rapporto trilaterale amministratore/prestatore di servizi/utenza,*

In realtà, lo stesso art. 18 l. 84/94 prevede espressamente un regime speciale nel caso di «*utilizzazione degli immobili da parte di amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di funzioni attinenti ad attività marittime e portuali*»: benché, non sembra che attualmente vi siano già esperienze in questo senso, tale previsione potrebbe consentire l'applicazione del contratto di disponibilità anche in relazione alla fattispecie della concessione portuale, ferma restando comunque la necessità di inquadrare le suindicate attività nell'ambito della categoria dei servizi pubblici.

Ad una conclusione analoga si potrebbe pervenire in relazione alla sola figura della concessione di costruzione e gestione di opere a mare, nel caso in cui si intendesse la locuzione servizi portuali, indicata all'art. 18 l. 84/94 in senso lato (comprensiva cioè non solo dei "servizi alle merci", ma anche dei "servizi di interesse generale" e dei "servizi tecnico-nautici") in modo tale che l'opera realizzata sia effettivamente destinata allo svolgimento di "servizi pubblici" come previsto dall'art. 3, co. 15bis del codice dei contratti.

È però da rilevare che, nella logica dell'istituto contrattuale di nuovo conio, è la stessa Amministrazione che dovrebbe svolgere l'attività per la quale viene realizzata l'opera, mentre il privato costruttore deve costruire il bene, metterlo a disposizione e mantenerlo. Sicché, l'applicazione di tale fattispecie alla figura di concessione di costruzione e gestione di opere a mare potrebbe eventualmente essere consentita solo facendo riferimento allo stesso regime speciale previsto nel caso di utilizzazione degli immobili da parte di amministrazioni pubbliche a cui lo stesso art. 18 fa in precedenza riferimento.

Ciò implicando, tuttavia, i medesimi problemi che una siffatta possibilità comporta.

*escludendo, di conseguenza, che possa ricorrere servizio pubblico a fronte di prestazioni strumentali a far sì che un'amministrazione direttamente o indirettamente, possa poi provvedere ad erogare una determinata attività». Sotto un altro aspetto, è stato invece rilevato che «se si considera che l'appalto, la concessione di lavori e lo stesso leasing pubblico in costruendo hanno come scopo unico il far acquisire in proprietà dall'amministrazione aggiudicatrice il bene costruito e, quindi, la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblico interesse, si può immaginare come la qualificazione di opera privata del bene sia destinata a costituire un vero e proprio unicum nell'ambito del codice dei contratti. In pratica, si assiste all'ipotesi piuttosto singolare di realizzazione di un bene privato mediante il ricorso a procedure di evidenza pubblica, laddove la fruizione del bene medesimo da parte di una amministrazione aggiudicatrice costituisce motivo per attrarre l'operazione nella sfera di rilevanza pubblicistica, con possibili conseguenze anche sulla giurisdizione», cfr., ancora E. ROBALDO, *op. cit.**

14. La disciplina della l.r. Friuli Venezia Giulia n. 12/2012 in tema di concessioni portuali.

Le suesposte questioni sono state risolte in radice nel caso della già esaminata l.r. n. 12/2012, approvata dalla Regione Friuli Venezia Giulia, al fine di disciplinare l'organizzazione ed il funzionamento dei porti di Monfalcone e di Nogarò.

La legge in parola, dopo aver analiticamente regolato, all'art. 12, le modalità di rilascio della concessione portuale, uniformandosi, sostanzialmente, a quanto previsto all'art. 18 l. 84/94¹⁰⁷, ha, infatti, dedicato

¹⁰⁷ In particolare, l'art. 12 della l.r. prevede che «*l'Amministrazione regionale, fatta salva la necessità di riservare nell'ambito portuale spazi operativi per lo svolgimento delle operazioni portuali da parte di imprese non concessionarie, può concedere ai soggetti autorizzati allo svolgimento di attività d'impresa o alla fornitura di servizi di interesse generale aventi rilevanza economica l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di aree demaniali e banchine mediante procedure a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e concorrenza.*

2. L'Amministrazione regionale procede, di norma, mediante avviso da pubblicarsi per estratto sul Bollettino Ufficiale della Regione Friuli Venezia Giulia e sull'Albo pretorio del Comune, con cui informa dell'intendimento di affidare in concessione un'area demaniale marittima invitando i candidati a presentare entro un termine non inferiore a venti giorni né superiore a novanta giorni la propria miglior offerta, nel rispetto delle strategie indicate nel Piano operativo triennale.

3. La domanda di partecipazione alla selezione pubblica, oltre ai requisiti necessari per il rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 11, deve anche documentare: a) un programma di attività coerente con le finalità e gli spazi messi a disposizione; b) l'idoneità tecnico-professionale, soddisfatta dalla presenza delle professionalità richieste per l'espletamento delle attività correlate alla concessione, attestate dall'elenco di attività precedentemente svolte, pertinenti a quelle oggetto della concessione; c) l'idoneità organizzativa, soddisfatta dall'adeguatezza dell'organico e/o di attrezzature tecniche, materiali e strumentali; d) l'idoneità economico-finanziaria, soddisfatta da idonee dichiarazioni bancarie, e/o bilanci o estratti di bilanci, e/o fatturato globale o fatturato relativo alle attività similari a quelle della concessione.

4. Nel caso di più domande, è preferito, con provvedimento motivato, il richiedente che offra migliori garanzie circa la rispondenza dei programmi di attività dell'impresa alle caratteristiche e ai programmi di sviluppo del porto stabiliti dal Piano operativo triennale.

5. L'atto di concessione, tra l'altro: a) determina la durata, i poteri di vigilanza e controllo, le modalità di eventuale cessione degli impianti a nuovo concessionario; b) indica le modalità di calcolo, di rivalutazione e di versamento del relativo canone; c) può prevedere la realizzazione di opere portuali, anche di grande infrastrutturazione, a carico del concessionario e fissa le relative garanzie.

6. L'Amministrazione regionale effettua accertamenti con cadenza annuale al fine di verificare il permanere dei requisiti in possesso al momento del rilascio della concessione e l'attuazione degli investimenti previsti nel programma di attività.

7. Nell'ipotesi in cui pervenga istanza autonoma di concessione, questa viene pubblicata per estratto sul Bollettino Ufficiale della Regione Friuli Venezia Giulia e sull'Albo pretorio del Comune, con l'invito a chi ne abbia interesse a presentare entro un termine non inferiore a venti giorni né superiore a novanta giorni osservazioni e opposizioni o eventuali istanze concorrenti. Sono irricevibili le istanze non compatibili con i vincoli di carattere urbanistico, paesaggistico e ambientale vigenti.

un articolo specifico esclusivamente all'ipotesi in cui il rilascio della concessione portuale avvenga, in attuazione di modelli di partenariato pubblico-privato (ossia, in sostanza, nel caso in cui la concessione implichi l'impiego di capitali privati per la realizzazione di infrastrutture all'interno del porto)¹⁰⁸.

In buona sostanza, l'affidamento di questa concessione si articola in una

8. Con il provvedimento di cui all'articolo 11, comma 4, sono determinati altresì, anche in considerazione delle politiche tariffarie nazionali e internazionali influenti sul traffico dell'Alto Adriatico, i parametri per definire i limiti minimi e massimi dei canoni annui e della cauzione in relazione alla durata e alla specificità della concessione demaniale marittima, tenuti presenti il volume degli investimenti e le attività da espletare; in particolare, nel caso in cui, ai sensi del comma 5, lettera c), sia a esclusivo carico del concessionario la realizzazione di opere portuali, anche di grande infrastrutturazione, ovvero di strutture di difficile rimozione, il limite minimo, limitatamente alla zona interessata dalle opere, è ridotto, rispettivamente, del 50 per cento e del 25 per cento. Qualora ricorrano entrambe le ipotesi, la riduzione complessiva del canone non può comunque superare il 50 per cento.

9. E' fatta salva l'utilizzazione gratuita degli immobili demaniali da parte di amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di funzioni attinenti ad attività marittime e portuali.

10. E' fatta, altresì, salva l'utilizzazione gratuita delle aree demaniali da parte di soggetti pubblici, qualora l'occupazione delle medesime si renda necessaria per realizzare lavori o interventi di interesse pubblico».

¹⁰⁸ In questi termini, l'art. 13 della l.r. stabilisce, infatti, che «l'Amministrazione regionale può stipulare convenzioni che, utilizzando lo strumento della concessione demaniale marittima di cui agli articoli 36 e seguenti del codice della navigazione, attuino modelli di partenariato pubblico/privato o di finanzia di progetto al fine di consentire la realizzazione di opere e/o infrastrutture non altrimenti conseguibile. Tali convenzioni, ai sensi dell'articolo 17 della legge regionale 20 marzo 2000, n. 7 (Testo unico delle norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso), e dell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), individuano le modalità di esercizio della concessione, anche in deroga alla disciplina in materia di uso dei beni pubblici.

2. Il procedimento di selezione delle imprese che chiedono di realizzare e di gestire economicamente le infrastrutture portuali con l'apporto di capitale privato avviene nel rispetto dei seguenti principi: a) compatibilità con i principi e le disposizioni dell'Unione europea; b) approvazione tecnica del progetto, anche ai fini di quanto previsto al comma 3; c) adozione delle procedure in materia di appalti per l'esecuzione di opere pubbliche; d) acquisizione dell'opera realizzata al demanio marittimo alla scadenza della concessione senza alcun indennizzo per il concessionario.

3. Al fine di consentire il recupero degli investimenti effettuati, il concessionario, previa autorizzazione dell'Amministrazione regionale, può dare in locazione, con contratto di diritto privato ai sensi dell'articolo 1571 del codice civile, l'opera realizzata a imprese in possesso dell'autorizzazione di cui all'articolo 11, verso corrispettivo di un canone non inferiore a quello stabilito per fattispecie analoghe.

4. L'Amministrazione regionale disciplina i rapporti con i soggetti pubblici o privati proprietari di aree e impianti, di cui all'articolo 5, comma 3, assicurando: a) l'erogazione dei servizi di interesse generale all'utenza indifferenziata; b) l'applicazione di tariffe coerenti con il regime tariffario applicato nell'ambito portuale; c) la partecipazione dei precitati soggetti agli oneri generali gestionali del porto».

duplice fase:

a) nella prima fase, l'Autorità portuale esperisce un procedimento di selezione delle imprese che chiedono di realizzare e di gestire economicamente le infrastrutture portuali mediante l'apporto di capitale privato;

b) nella seconda fase, il concessionario, previa autorizzazione dell'Amministrazione regionale, può dare in locazione, con contratto di diritto privato ai sensi dell'articolo 1571 del codice civile, l'opera realizzata a imprese in possesso dell'autorizzazione di cui all'art. 11 della stessa legge regionale, verso corrispettivo di un canone non inferiore a quello stabilito per fattispecie analoghe.

Questa disciplina consente cioè all'Amministrazione di creare un'operazione più articolata che prevede su un determinato spazio dell'ambito portuale la realizzazione di un'infrastruttura avvalendosi dello strumento della finanza di progetto, disciplinato dall'art. 153 del codice dei contratti, e la successiva concessione - che si configura attraverso un contratto di locazione tra il soggetto attuatore ed il terminalista - nei confronti di un soggetto dotato dei requisiti previsti dalla legge per la realizzazione delle operazioni portuali¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Occorre rilevare nei confronti dell'art. 13 della legge, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 70, 76, 77, 97, 117 Cost., di fronte alla Corte Costituzionale.

Nel ricorso, il Governo rileva in particolare che «*la disposizione in parola attribuisce, dunque, alle convenzioni stipulate tra l'Amministrazione e i privati il potere di derogare alla disciplina in materia d'uso dei beni pubblici. L'art. 4 dello Statuto della Regione Friuli-Venezia Giulia, approvato con legge costituzionale 31 gennaio 1963, n. 1, attribuisce alla Regione una potestà legislativa molto ampia, anche in materie che, talvolta trasversalmente, attengono o possono attenersi alla disciplina dell'uso dei beni pubblici. Questa, difatti, non costituisce una «materia» in senso proprio, non essendo inclusa né nell'art. 117 della Costituzione, né nello Statuto regionale. (...) Analogamente, possono attenersi alla disciplina dell'uso dei beni pubblici disposizioni riconducibili ad alcune delle materie che l'art. 5 dello Statuto friulano attribuisce alla potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni (...). Ciò nonostante, e' evidente che la potestà legislativa regionale in queste materie deve svolgersi «in armonia con la Costituzione, con i principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica, con le norme fondamentali delle riforme economico-sociali e con gli obblighi internazionali dello Stato, nonché nel rispetto degli interessi nazionali e di quelli delle altre Regioni» (così lo stesso comma 1 dell'art. 4, legge cost. 1/1963). Il fatto che lo Statuto del Friuli-Venezia Giulia attribuisca alla Regione la potestà legislativa esclusiva o concorrente in relazione a materie che possono riguardare l'uso dei beni pubblici non implica, pertanto, che la Regione, legiferando negli ambiti di sua competenza, possa consentire ai privati e all'amministrazione di derogare a disposizioni di legge tramite convenzioni stipulate ai sensi dell'art. 17 della legge regionale 20 marzo 2000, n. 7 (...), e dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il principio di legalità, infatti, implica primato della legge, tanto rispetto ad atti e provvedimenti amministrativi, quanto rispetto ad accordi o a convenzioni sostitutivi o integrativi del contenuto del provvedimento. E la possibilità di derogare alla legge tramite atti amministrativi e' ammessa nell'ordinamento giuridico solo in casi tassativi - come nel caso*

delle ordinanze contingibili e urgenti - e purché' (...) ne siano definiti presupposti, condizioni e limiti.

La disposizione censurata, non definendo l'ambito applicativo della deroga, che peraltro non appare rispondere ad un interesse specifico meritevole di tutela (sul quale si basa, invece, la disciplina delle ordinanze contingibili e urgenti) si pone in grave contrasto con i principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica. Proprio il carattere generalissimo della deroga fa sì che la disposizione in parola si ponga in aperto contrasto con la Costituzione e, in particolare, con i principi costituzionali di legalità, tipicità e delimitazione della discrezionalità (artt. 70, 76, 77, 97, 117). Le convenzioni adottate a norma dell'art. 13 della l.r. 12/2012 verrebbero ad essere sostanzialmente equiparate alla legge, essendo libere di derogare ad un insieme non ben definito di disposizioni normative, statali o regionali. Ciò appare in evidente contrasto con il principio di legalità. Inoltre, sempre in considerazione della sua estensione, la facoltà di derogare a disposizioni di legge tramite lo strumento convenzionale è potenzialmente lesiva dei principi fondamentali dettati dallo Stato in materie di sua competenza esclusiva o concorrente.

In particolare, la disposizione in parola è invasiva della potestà legislativa esclusiva statale in materia di ordinamento civile prevista all'art. 117, comma 2, lett. l), della Costituzione.

Al riguardo occorre rilevare che l'art. 11 della legge n. 241/1990, cui l'art. 13, comma 1, l.r. 12/2012 espressamente rinvia, richiama le disposizioni in materia di contratti contenute nel codice civile, secondo cui le parti di un contratto non possono violare o disapplicare norme imperative (...), ma solo disporre dei diritti disponibili di cui siano titolari. L'art. 13, comma 1 della l.r. 12/2012, inoltre, lede il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, dal momento che consente all'Amministrazione regionale di derogare a disposizioni di legge nell'ambito di accordi stipulati ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/1990, facendo venir meno l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Coloro che stipulano convenzioni o accordi con l'Amministrazione, infatti, sarebbero facoltizzati a derogare alla disciplina in materia di uso dei beni pubblici, che resterebbe invece inderogabile qualora l'Amministrazione provveda unilateralmente.

Infine, in considerazione del fatto che nella «disciplina in materia d'uso dei beni pubblici» possono rientrare anche le disposizioni funzionali a garantire la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e del paesaggio, la norma regionale censurata appare invasiva anche della potestà legislativa esclusiva statale prevista all'art. 117, comma 2, lett. s) della Costituzione, e non rispettosa di quanto previsto all'art. 6, comma 1, n. 3 dello Statuto di autonomia.

L'art. 6 dello Statuto, infatti, attribuisce alla Regione la facoltà di adeguare alle sue particolari esigenze le disposizioni delle leggi della Repubblica, emanando norme di integrazione e di attuazione anche relativamente ad «antichità e belle arti tutela del paesaggio, della flora e della fauna». La disposizione censurata, consentendo potenziali deroghe alla normativa statale in materia di tutela dell'ambiente, del paesaggio e dei beni culturali, eccede quindi l'ambito di autonomia attribuito dalla disposizione statutaria richiamata, che è limitato alla «integrazione» e alla «attuazione» delle norme statali, e non consente dunque alla Regione di derogare alle stesse. Con riferimento al medesimo parametro, la disposizione è illegittima anche nella parte in cui non esclude dall'ambito di applicazione della deroga le disposizioni inerenti ai beni di proprietà statale. L'art. 112 del d.lgs. n. 42/2004, infatti, prevede che «la legislazione regionale disciplina le funzioni e le attività di valorizzazione dei beni presenti negli istituti e nei luoghi della cultura non appartenenti allo Stato o dei quali lo Stato abbia trasferito la disponibilità sulla base della normativa vigente». Ne consegue che alla Regione non è consentito prevedere deroghe alle norme relative alla valorizzazione dei beni di proprietà statale. Questo costituisce un principio fondamentale della materia della valorizzazione dei beni culturali, vincolante per il legislatore regionale» (il testo integrale del ricorso è reperibile su

L'obiettivo che il legislatore regionale intende perseguire con la disciplina in esame consiste nello stimolare gli operatori a conseguire le concessioni portuali nei porti interessati, configurando la concessione portuale quale "strumento flessibile", diretta a consentire agli operatori stessi il massimo della libertà nella gestione ed infrastrutturazione dei terminal.

Ma ciò più rileva è che, in particolare, nella legge viene capovolta la prospettiva esistente nella disciplina nazionale sul finanziamento delle opere, in quanto si afferma sostanzialmente il principio generale di privatizzazione delle opere portuali sul modello della concessione di lavori pubblici.

15. Il rilascio della concessione attraverso lo strumento degli accordi amministrativi.

Il co. 4 dell'art. 18 l. 84/94 prevede che *«per le iniziative di maggiore rilevanza, il presidente dell'autorità portuale può concludere, previa delibera del comitato portuale, con le modalità di cui al comma 1, accordi sostitutivi della concessione demaniale ai sensi dell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241»*¹¹⁰.

Com'è stato evidenziato, questa disposizione rappresenta il primo riconoscimento legislativo della facoltà per un'amministrazione di concordare con un privato il contenuto di un atto discrezionale, *«rinunciando alla tradizionale valutazione unilaterale di una funzione pubblica»*¹¹¹.

La previsione è, infatti, riconducibile alla più generale facoltà attribuita alla pubblica amministrazione, sancita nell'art. 11 l. 241/90, di *«concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il*

http://www.consiglio.regione.fvg.it/iterdocs/ServLC/ITER_LEGGI/LEGISLATURA_X/TESI_RICORSI/Ricorso_DDL_192_LR_12_2012.pdf).

¹¹⁰ Sul punto v., in particolare, G. DUCA, *Art. 18 l. 84/94 e accordi sostitutivi della concessione demaniale ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241: il caso "Multipurpose"*, in *Dir. mar.*, 2009, 764 ss.

¹¹¹ G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, Milano, 2009, 135. La dottrina in materia di accordi sostitutivi e integrativi del procedimento, sia sotto il profilo dell'esame della disciplina, sia sotto il profilo del rapporto tra la previsione di cui all'art. 11, l. n. 241/90 è molto vasta; tra questi, è però necessario rammentare i contributi di: F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998 e F. FRACCHIA, *Concessioni, contratti e beni pubblici*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione (a cura di A. Police)*, Milano, 2008, 493 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano 1996; R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano 1985, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003. Da ultimo, si veda il saggio di L. BENVENUTI, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, 2011, in particolare, 217 ss.

contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo»¹¹².

In realtà, si è già visto che, ad avviso della più recente giurisprudenza amministrativa, la concessione portuale configura un rapporto di tipo contrattuale, nell'ambito del quale l'Amministrazione, pur dovendo perseguire le finalità pubbliche che le sono proprie, deve tenere in considerazione anche le esigenze del privato, attribuendo al rapporto in essere la massima flessibilità.

Benché la norma faccia riferimento solo alla possibilità di concludere "accordi sostitutivi" di atti provvedimenti, non sembra vi possano essere dubbi circa la possibilità che la stessa Autorità ricorra alla formula degli accordi integrativi ai fini della conclusione della concessione portuale, trattandosi di una facoltà che l'art. 11 l. n. 241/90 attribuisce in via generale alle amministrazioni¹¹³. E, peraltro, sul punto il Giudice amministrativo sembra essersi già pronunciato in tal senso, seppure con riferimento ad una fattispecie più complessa, nella quale all'accordo intercorrente tra privato ed Autorità è stato attribuita, dallo stesso giudice, natura di "mero accordo preparatorio"¹¹⁴.

La formulazione del comma 4 dell'art. 18 può sollevare due ulteriori questioni, consistenti (a) nello stabilire il limite di discrezionalità del Presidente nell'utilizzare lo strumento convenzionale in luogo di quello

¹¹² Nella sua attuale formulazione (recentemente modificata con l. n. 190/2012), l'art. 11, infatti prevede che «*In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. 1-bis. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati. 2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3. 3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi. 4. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato. 4-bis. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento*».

¹¹³ L. BENVENUTI, *Diritto e amministrazione*, cit., 217 ss., proprio su questo aspetto - ossia, sul riferimento alla necessaria previsione legislativa al fine di concludere gli accordi di cui all'art. 11 l. 241/90 - l'Autore si sofferma, per rilevare l'ormai indubbia assimilazione tra questi ultimi ed i contratti di diritto privato. In senso opposto, si esprime, invece, F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 431 ss.

¹¹⁴ Si veda, in proposito, Tar Calabria – Reggio Calabria, Sez. I, 25 marzo 2009, n. 190.

provvedimentale; (b) nell'identificare quando sia possibile rinvenire *«iniziative di maggiore rilevanza»*.

Per quanto concerne il primo punto, sembra che, in realtà, la decisione dell'Autorità riguardo la possibilità di stipulare un accordo sostituito sia integralmente rimessa alla valutazione del Comitato portuale: tale circostanza pare, del resto, in linea con la previsione di ordine generale, secondo cui il rilascio delle concessioni di durata superiore ai quattro anni (tra cui non possono che essere comprese quelle in considerazione, in quanto "iniziative di maggiore rilevanza") sia di competenza dello stesso Comitato. Con riferimento alla seconda questione, va, invece, segnalato che al di là della naturale identificazione tra le "iniziative di maggiore rilevanza" e le concessioni di durata superiore a quattro anni, l'art. 18 non fornisce alcun parametro per individuare i casi in cui si "possibile" rilasciare una concessione mediante lo strumento degli accordi sostitutivi.

Con ciò lasciando una pressoché integrale discrezionalità in proposito alle Autorità portuali.

Sul piano procedimentale, l'art. 8 l. 84/94 prevede che la conclusione dell'accordo, da parte del Presidente dell'Autorità, debba essere preceduta da una conforme delibera del Comitato portuale, sulla base di quanto previsto dal co. 1 dell'art. 18: cioè, previa determinazione dei relativi canoni e sulla base di idonee forme di pubblicità.

Va, infine, rilevato che a mente del co. 5 dell'art. 18 *«le concessioni o gli accordi sostitutivi di cui al comma 4 possono comprendere anche la realizzazione di opere infrastrutturali»*.

La norma, pur limitandosi a prevedere che, nell'ambito della concessione portuale, sia prevista la possibilità di realizzare opere, apre ad un problema di ordine sistematico, dovuto alla necessità di un coordinamento rispetto alla disciplina generale prevista in materia di contratti pubblici dal dlgs 163/2006. Si può comunque semplicemente ritenere che al rapporto principale, consistente nel conferire al concessionario uno spazio ricadente nell'ambito portuale, acceda un rapporto di natura diversa, pur sempre dipendente dal primo. La generale formulazione della norma porta a ritenere che la prevista realizzazione di infrastrutture possa essere imputata direttamente su una delle parti (concessionario o Autorità portuale), oppure coinvolgere nell'accordo un terzo soggetto.

In questo quadro, è possibile ipotizzare una serie di fattispecie operative diverse, quali ad esempio:

a) L'ipotesi in cui nel soggetto terminalista si cumuli la figura del concessionario portuale e del concessionario dei lavori ai sensi di quanto previsto nel codice dei contratti;

b) l'ipotesi in cui la concessione dell'area demaniale sia attribuita ad un terminalista, mentre la realizzazione delle opere sia conferita mediante lo strumento della concessione di lavori (alla stregua in sostanza di quanto

espressamente previsto dalla sopra richiamata l.r. Friuli Venezia Giulia n. 12/2012);

c) il caso in cui la realizzazione delle opere sia attribuita ad un terzo appaltatore liquidato dalla concessionaria terminalista (oppure dalla concessionaria di lavori, ove si ricorra all'ipotesi *sub b*));

Le riferite ipotesi confermano dunque il fatto che la concessione portuale si possa configurare come un'operazione molto strutturata e complessa, implicando la partecipazione anche di soggetti diversi rispetto a quelli previsti dalla l. 18/94.

16. Il nodo del rilascio di più concessioni, la subconcessione e l'estensione della concessione originaria. Il problema dell'art. 18 co VII ed i due principi da esso enunciati: i) l'esercizio diretto ed esclusivo delle attività da parte del concessionario; ii) il divieto di affidare più concessioni ad uno stesso operatore. Il subingresso del concessionario.

16.1. Prima della modifica introdotta con l. 8 luglio 2003, n. 172, il co. 7 dell'art. 18 l. 84/94 imponeva all'impresa concessionaria delle aree e banchine portuali di «*esercitare direttamente l'attività per la quale ha ottenuto la concessione*».

Tale previsione era essenzialmente connessa a due necessità di ordine generale: in primo luogo, all'esigenza che l'impresa concessionaria, devolvendo una parte consistente delle attività per le quali aveva ottenuto la concessione, non eludesse le regole stabilite dall'art. 18 l. 84/94, per il rilascio di quest'ultima; in secondo luogo, che non venisse meno il "rapporto di fiducia" che sorge nel momento in cui l'Autorità portuale affida la concessione¹¹⁵.

L'esigenza di attenuare la rigidità di tale divieto, auspicata anche dalla dottrina¹¹⁶, è, tuttavia, sorta nel momento in cui il legislatore si è reso consapevole del fatto che l'esternalizzazione di parte delle attività oggetto della concessione portuale ad opera del terminalista potesse in realtà rappresentare non un'elusione della disciplina vigente, bensì un beneficio per gli utenti, comportando, potenzialmente, un minor costo o una migliore qualità dei servizi svolti.

¹¹⁵ In quest'ultimo senso, M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, cit., 488.

¹¹⁶ In relazione alla precedente formulazione della norma in questione S.M. CARBONE – F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia, risultati e prospettive*, in *Il Diritto marittimo*, 1994, 52, avevano rilevato, in particolare, che «*la normativa in esame, di cui uno degli obblighi prioritari è sicuramente l'adeguamento del settore portuale ai principi (comunitari) in materia di concorrenza, non può certo essere interpretata nel senso di favorire soluzioni che "ingessano" l'organizzazione delle imprese portuali, vietando ad esse di strutturarsi secondo le modalità più flessibili ed efficienti in funzione delle diverse situazioni del mercato*».

In tal quadro, la giurisprudenza amministrativa si era interrogata sulla possibilità che, in relazione alle concessioni portuali, potesse trovare applicazione l'art. 45bis cod. nav., introdotto con l. 4 dicembre 1993, n. 494¹¹⁷, che attribuisce al concessionario di beni del demanio marittimo, previa autorizzazione dell'autorità competente, la possibilità: 1) di subconcedere anche integralmente la gestione delle attività oggetto della concessione; 2) di affidare ad altri soggetti anche la gestione di attività secondarie nell'ambito della concessione attribuita dall'Autorità. La possibile applicazione di tale disposizione alle concessioni portuali è stata, tuttavia, oggetto di opposte valutazioni in seno alla giurisprudenza amministrativa.

Contrario è stato, infatti, il Tar Puglia¹¹⁸, che ha ritenuto l'ipotesi di subconcessione, previsto dal primo comma dell'art. 45bis cod. nav., «incompatibile con la disciplina dettata per il demanio portuale dalla l. 28 gennaio 1994 n. 84, in particolare con l'art. 18 comma 7 secondo il quale l'impresa concessionaria di un'area demaniale deve esercitare direttamente l'attività per la quale ha ottenuto la concessione, non può essere al tempo stesso concessionaria di altra area demaniale nello stesso porto e non può svolgere attività portuali in spazi diversi da quelli che le sono stati assegnati in concessione, nell'intento di assicurare il massimo grado di concorrenza tra gli operatori e di assicurare il possesso di requisiti di capacità imprenditoriale e di organico di lavoratori adeguato al piano d'impresa da parte delle società concessionarie». Ma, nel contempo, ha giudicato «invece configurabile la compatibilità dell'art. 18 della L. 28 gennaio 1994, n. 84 con il secondo periodo dell'art. 45-bis c.nav che limita l'affidamento ad altri soggetti di attività secondarie nell'ambito della concessione»¹¹⁹.

In senso favorevole, si è, invece, espresso il Consiglio di Stato¹²⁰, il quale, nel riformare la stessa decisione del Tar Puglia, ha osservato che

¹¹⁷ Peraltro, va ricordato che prima della modifica dell'art. 45bis cod. nav., da parte dell'art. 10, l. 16 marzo 2001, n. 88, tale norma consentiva di procedere alla subconcessione di attività solo «in casi eccezionali e per periodi determinati».

¹¹⁸ Tar Puglia Lecce Sez. I, 24 gennaio 2002, n. 184.

¹¹⁹ Specificando che «al fine dell'individuazione delle attività secondarie per l'applicazione del secondo periodo dell'art. 45-bis c.nav occorre fare riferimento al criterio della prevalenza, che assegna rilievo al valore economico di ciascuna delle differenti tipologie di prestazione concorrenti nel delineare l'oggetto della concessione, al criterio dell'accessorietà, che impone di accertare quale delle prestazioni debba considerarsi funzionalmente strumentale rispetto all'altra».

¹²⁰ Cons. Stato Sez. VI, 4 ottobre 2002, n. 5259. La decisione è stata commentata, in particolare, da G. DUCA, *Impresa terminalista e affidamento a terzi dell'attività*, in *Dir. mar.*, 2003, 494 ss.; G. TACCOGNA, *Subconcessione di banchine per operazioni portuali?* in *Quad. reg.*, 2004, 1283; per un breve commento sulla decisione v. anche CARBONE – M. D'ADAMO – R. MAZZARO, *Subconcessione di aree portuali*, in *Corr. Giur.*, 2002, 12, 1560 ss.

«anche alle concessioni di aree portuali, disciplinate dall'art. 18, L. 28 gennaio 1994, n. 84, sia applicabile l'art. 45 bis, cod. nav., dettato per il demanio marittimo», in quanto:

(a) *«il dato testuale si rinviene nell'art. 8, comma 3, lett. h), L. n. 84 del 1994, a norma del quale il Presidente dell'Autorità portuale nell'amministrare le aree del demanio portuale, esercita <<le attribuzioni stabilite negli articoli da 36 a 55 e 68 del codice della navigazione e nelle relative norme di attuazione>>. Tra tali attribuzioni vi è quella di cui all'art. 45 bis, cod. nav., di autorizzare la subconcessione»*;

(b) *«il dato logico e sistematico si desume da una interpretazione combinata dell'art. 18, L. n. 84 del 1994, con l'art. 30, reg. cod. nav., e con l'art. 45 bis, cod. nav. Anche per il demanio marittimo, la regola generale è quella dell'esercizio diretto della concessione, regola tuttavia suscettibile di deroga, mediante subconcessione previo assenso dell'autorità competente. Si tratta di un rapporto regola – eccezione che costituisce un principio generale comune alla generalità delle concessioni demaniali: non si comprende perché lo stesso rapporto regola – eccezione non debba valere anche per le aree del demanio portuale»*.

A ciò soggiungendo che *«l'art. 18, L. n. 84 del 1994, nell'affermare la necessità di esercizio diretto della concessione, contiene una sorta di <<clausola di stile>> comune a tutte le concessioni demaniali, ma non ha certo inteso imporre una regola assoluta e inderogabile, che, come tale, non troverebbe riscontro nel sistema complessivo delle concessioni demaniali. Che non fosse questa la consapevole intenzione del legislatore della L. n. 84 del 1994, si desume dal, sia pur sintetico, rinvio a precise disposizioni del codice della navigazione e del relativo regolamento di attuazione, e, specificamente, proprio quelle che regolano le concessioni demaniali (gli artt. da 36 e 55 del cod. nav., e relative norme di attuazione)»*. Perciò *«il rinvio alle norme che disciplinano le concessioni demaniali marittime, implica la possibilità da parte dell'Autorità portuale di esercitare tutti i poteri previsti in tali norme, ivi compreso quello di autorizzare la subconcessione»*.

A tale situazione di evidente incertezza ha cercato di porre rimedio il legislatore con l'introduzione della già citata l. n. 172/2003, con la quale è stato aggiunto un periodo al co. 7 dell'art. 18 l. 84/94, prevedendo che *«su motivata richiesta dell'impresa concessionaria, l'autorità concedente può autorizzare l'affidamento ad altre imprese portuali, autorizzate ai sensi dell'articolo 16, dell'esercizio di alcune attività comprese nel ciclo operativo»*.

L'introduzione di tale disposizione è stata criticata dalla dottrina che, ha ritenuto: per un verso, che questa finirebbe con *«snaturarne lo spirito*

originale, senza indicarne, peraltro, i limiti e le ragioni»¹²¹, per altro verso, che la sua formulazione, astrattamente contraria ai principi del Trattato europeo, sarebbe da intendere a vantaggio, oltre che degli stessi utenti, di tutte le imprese portuali autorizzate a svolgere alcune delle attività comprese nel ciclo portuale, in quanto la motivazione prevista dalla norma, «dovrebbe avere ad oggetto la sussistenza e l'adeguatezza di siffatte imprese imprese nel porto, e dunque, la salvaguardia dell'interesse dell'utenza alla qualità dei servizi prestati dal terminal seppure con ricorso a forme di outsourcing»¹²².

Invece, la giurisprudenza amministrativa ha rilevato, nel senso sopra indicato, che *«la norma non pone un divieto. Non è affatto (ontologicamente) proibitiva dal momento che essa stessa prevede un'eccezione (cfr. comma 7 art. 18 l. cit.), segnatamente: "su motivata richiesta dell'impresa concessionaria (...) Va sottolineato che la facoltà riconosciuta al terminalista di affidare ad imprese autorizzate parte delle prestazioni svolte, è volta a far sì che il concessionario possa terzializzare l'espletamento di alcune attività»¹²³.*

Superando dunque apparentemente il problema esegetico posto dalla norma.

16.2. L'interpretazione del co. 7 dell'art. 18 l. 84/94 è apparsa problematica anche ove prevede che, nel porto, il concessionario *«non può essere al tempo stesso concessionaria di altra area demaniale nello stesso porto, a meno che l'attività per la quale richiede una nuova concessione sia differente da quella di cui alle concessioni già esistenti nella stessa area demaniale».*

A riguardo, la dottrina non ha mancato di rilevare, sin dall'entrata in vigore della l. 84/94, come una siffatta disposizione ponesse limiti incompatibili con il principio di libertà di concorrenza sulla base del quale era stata approvata la stessa legge¹²⁴.

Viceversa, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva specificatamente osservato, nella segnalazione AS 230 del 8 novembre 2001

¹²¹ G. MOSCATI, *Appunti brevi sul novo demanio marittimo nel diritto dei trasporti: riforma del sistema o delle fonti?*, in *Arch. Giur.*, 2003, 1334.

¹²² G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 978.

¹²³ Aggiungendo che *«la legge 8 luglio 2003 n. 172, integrativa dell'art. 18, che tale facoltà ha riconosciuto, viene incontro, secondo la dottrina che s'è convincentemente occupata ex professo del tema, all'esigenza di rendere più flessibili e più efficienti le imprese portuali scongiurando il rischio, conseguente alla rigida applicazione dell'obbligo dell'esercizio diretto ed esclusivo dell'attività da parte del terminalista, che si congeli oltre misura l'organizzazione degli operatori portuali penalizzando, il necessario dinamismo imprenditoriale».*

¹²⁴ In questo senso, più recentemente, v. G. TACCOGNA, *Questioni in tema di gare per le concessioni relative a terminal portuali: grandi compendi e partecipazione dei concessionari di terminal contigui*, in *Dir. mar.*, 2011, 3, 916.

(in Boll. 6/2002) che «*occorre evitare che il divieto di assegnare ad una stessa impresa più aree demaniali in uno stesso porto venga eluso mediante l'assegnazione di concessioni a diverse persone giuridiche controllate dalle medesime persone fisiche, ovvero attraverso l'attribuzione, da parte di società che hanno ottenuto la concessione, della gestione degli impianti ad altre società, non collegate, che dispongono direttamente di proprie concessioni*».

Ed anche la giurisprudenza amministrativa aveva optato, originariamente, per un'interpretazione strettamente rigorosa della norma in questione, «*nell'intento di assicurare il massimo grado di concorrenza tra gli operatori e di assicurare il possesso di requisiti di capacità imprenditoriale e di organico di lavoratori adeguato al piano d'impresa da parte delle società concessionarie*»¹²⁵.

La questione è stata invece risolta in modo diametralmente opposto dal Tar Genova nella già menzionata sentenza n. 747/2012.

In proposito, il Tar ha cioè ritenuto che «*la norma si limita a prescrivere che le imprese concessionarie debbano operare negli spazi che sono stati loro assegnati e che non possano ottenere nello stesso porto più di una concessione per lo stesso tipo di operazioni. Nella realtà, la più avvertita dottrina, ha sottolineato che la limitatezza degli spazi, unitamente alle esigenze di specializzazione dei singoli terminals, possono rendere assai complessa – e probabilmente neppure opportuna in quanto non necessariamente rispondente agli interessi degli utenti che preferiscono fruire dei servizi offerti da operatori specializzati nella movimentazione dei vari tipi di carichi – la presenza nello stesso porto di più concessionari svolgenti la medesima attività in effettiva concorrenza fra loro. Se n'è tratta la condivisibile conclusione che la norma mira a prevenire la concentrazione in capo ad un medesimo imprenditore della disponibilità degli spazi eccessivamente ampi in ambito portuale dichiarando l'illegittimità della costituzione o del rafforzamento della posizione dominante ritenuta dal legislatore naturalmente idonea ad ingenerare pratiche anticoncorrenziali, prescindendo dall'accertamento dell'avvenuta realizzazione delle pratiche abusive*».

Con il che sembra che la giurisprudenza abbia superato anche quest'ultimo ostacolo ermeneutico.

16.3. Un caso particolare attiene all'ipotesi di subingresso nella concessione rilasciata in favore di un terminalista, da parte di un altro soggetto¹²⁶.

¹²⁵ Così, ancora Tar Puglia Lecce Sez. I, 24 gennaio 2002, n. 184.

¹²⁶ Benché risalente, è ancora prezioso il contributo di R. RUSSO, *Il subingresso nella concessione dei beni del demanio marittimo (art. 46 cod. nav.)*, in Riv. dir. nav., 1959, 1, 273.

In questo caso, dovrebbe cioè trovare applicazione la disciplina dell'art. 46 cod. nav., che, in sostanza, prevede che l'aspirante concessionario possa subentrare nella concessione già in essere solo previa autorizzazione dell'autorità concedente (e dunque, ai sensi dell'art. 18 l. 84/94, dell'Autorità portuale)¹²⁷.

In tal senso si è pronunciata recentemente anche la giurisprudenza amministrativa che ha avuto modo di occuparsi di tale questione in relazione ad un caso in cui un soggetto era subentrato nella concessione attribuita in favore di un'impresa terminalista, a seguito dell'acquisito del ramo di azienda della stessa terminalista¹²⁸.

In particolare, nel caso esaminato, un'impresa terminalista aveva ceduto ad un altro terminalista un proprio ramo di impresa, e, a seguito della richiesta di autorizzazione ex art. 46 cod. nav., l'Autorità portuale di Venezia aveva consentito al soggetto acquirente il subingresso nel godimento delle aree attribuite in concessione al precedente soggetto. Un altro terminalista aveva però impugnato tale provvedimento (nonché quello con cui la stessa Autorità aveva negato a tale soggetto l'ampliamento delle aree portuali ad esso concesso avvalendosi delle aree del terminalista cedente) sostenendo che tale decisione si sarebbe posta in contrasto con il principio di necessaria comparazione delle proposte avanzate da due soggetti, entrambi interessati ad ottenere la concessione della medesima area portuale.

Nel dichiarare inammissibile il ricorso proposto, il Tar Veneto ha invece ritenuto che *«nel caso di specie si è avviato un procedimento non già di concessione di aree demaniali nella disponibilità dell'Autorità concedente ai sensi dell'art. 37 c.n. (che, appunto, prevede la concorrenzialità tra diverse domande dello stesso bene non concessionato), ma di subingresso (...), previa verifica della rispondenza del subingresso stesso ai canoni dell'interesse pubblico»*.

Sicché, non essendovi una “nuova” attribuzione di aree, ma, semplicemente, il proseguimento della concessione già rilasciata, l'Autorità portuale non era tenuta ad esperire alcun confronto concorrenziale tra l'acquirente del ramo di azienda ed altri soggetti terzi che aspiravano a tale concessione.

¹²⁷ In particolare, l'art. 46 cod. nav. prevede che *«quando il concessionario intende sostituire altri nel godimento della concessione deve chiedere l'autorizzazione dell'autorità concedente. In caso di vendita o di esecuzione forzata, l'acquirente o l'aggiudicatario di opere o impianti costruiti dal concessionario su beni demaniali non può subentrare nella concessione senza l'autorizzazione dell'autorità concedente. In caso di morte del concessionario gli eredi subentrano nel godimento della concessione, ma devono chiederne la conferma entro sei mesi, sotto pena di decadenza. Se, per ragioni attinenti all'idoneità tecnica od economica degli eredi, l'amministrazione non ritiene opportuno confermare la concessione, si applicano le norme relative alla revoca»*.

¹²⁸ Tar Veneto – Venezia, Sez. I, 28 ottobre 2010, n. 5853.

17. La proprietà dei beni realizzati nel periodo di concessione.

Si è visto che l'art. 18 l. 84/94 prevede espressamente che il rilascio della concessione portuale possa implicare la realizzazione di determinate infrastrutture.

Queste opere, insistendo su beni del demanio marittimo, devono, infatti, necessariamente acquisire, per il principio di accessione, la medesima natura di questi ultimi: in tal senso, l'art. 49 cod. nav. prevede che salva diversa previsione delle parti «quando venga a cessare la concessione, le opere non amovibili, costruite sulla zona demaniale, restano acquisite allo Stato, senza alcun compenso o rimborso, salva la facoltà dell'autorità concedente di ordinarne la demolizione con la restituzione del bene demaniale nel pristino stato»¹²⁹.

In dottrina si è, tuttavia, posto il problema di determinare quale sia l'esatto momento in cui la proprietà di tali beni si trasferisce in capo al demanio, ove questo specifico aspetto non sia disciplinato nella stessa concessione¹³⁰.

In proposito, si registrano due opposte posizioni della dottrina:

(a) secondo l'orientamento dottrinale prevalente¹³¹, le opere che vengono eseguite dal concessionario entrerebbero cioè nell'immediata titolarità dell'ente concedente «in forza dei principi generali sulla natura dei beni appartenenti al demanio necessario»¹³²;

(b) ad avviso di altra parte della dottrina, l'origine della demanialità discenderebbe invece da un'espressa manifestazione della volontà dell'amministrazione in tal senso.¹³³

Secondo una prospettazione parzialmente diversa, le opere realizzate dal concessionario entrerebbero a far parte del patrimonio del demanio solo al termine della durata della concessione, mentre nel corso della concessione la loro proprietà rimarrebbe comunque attribuita allo stesso concessionario¹³⁴: questa tesi, che in realtà è avversata da altra parte della dottrina, secondo la quale, invece, una siffatta conclusione sarebbe ammissibile solo in relazione alle pertinenze di cui all'art. 29 cod. nav.¹³⁵, sembra aver trovato in realtà in passato una certa conferma nell'ipotesi di concessione di costruzione e gestione di opere poi trasferite al termine del periodo di gestione all'ente

¹²⁹ V. sul punto, D. GAETA, *Sorte delle opere costruite sul demanio marittimo*, in *Dir. trasp.*, 1993, 27 ss.

¹³⁰ G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, cit., 129.

¹³¹ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, vol. II, 761 ss.

¹³² G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, cit., 129.

¹³³ Tesi in realtà riconducibile alle risalenti posizioni espresse da O. RANELLETTI, *Della formazione e cessazione della demanialità*, in *Giur. it.*, 1989, IV, col. VI e F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 1002.

¹³⁴ G. PERICU, *Porto (navigazione marittima)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, XXXIV, 427.

¹³⁵ G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, cit., 130.

pubblico¹³⁶.

Ulteriore problema attiene alla determinazione del soggetto pubblico beneficiario della proprietà dei beni.

La questione pare non porsi in relazione ai porti di interesse nazionale ed internazionale, rimasti in proprietà dello Stato anche dopo l'attuazione del cd. "federalismo demaniale", a seguito dell'entrata in vigore del dlgs n. 85 del 28 maggio 2010. Diversa dovrebbe invece essere la conclusione ove si considerino le altre categorie di porti, che sono stati trasferiti, proprio ai sensi del suindicato dlgs n. 85/2010 (artt. 3-4) alle Regioni, pur mantenendo il loro carattere demaniale.

In quest'ultimo caso cioè, a prescindere dall'individuazione del momento in cui la proprietà dei beni realizzati dal concessionario diviene pubblica, la proprietà dell'opera costruita dal privato dovrebbe essere trasferita in capo all'ente territoriale titolare del bene demaniale.

18. L'occupazione abusiva del demanio marittimo e l'attribuzione delle aree portuali mediante strumenti alternativi alla concessione ex art. 18 l. 84/94.

18.1. Uno dei principali problemi della gestione del rapporto concessorio sorge nel momento in cui la situazione contingente non consente all'Autorità portuale di adottare le procedure per il rilascio della concessione nel rispetto dell'art. 18, l. 84/94.

Rappresentativo di tale situazione è il caso in cui la concessione giunga a scadenza ed il beneficiario che intende chiederne il rinnovo si trova a dover continuare a corrispondere all'Autorità i canoni previsti nell'atto di concessione pur occupando il bene demaniale marittimo senza alcun titolo formale¹³⁷. Rispetto a questa situazione si pongono, infatti, due principali questioni:

a) in primo luogo, si pone il problema dell'applicazione dell'indennizzo previsto dall'art. 8, dl n. 400/93 (conv. nella l. n. 494/1993), nel caso di utilizzazioni difformi dal titolo concessorio.

Al riguardo, si osserva, infatti, che tale norma ha stabilito che «a decorrere dal 1990, gli indennizzi dovuti per le utilizzazioni senza titolo di

¹³⁶ Cfr. A.M. SANDULLI, voce *Autostrada*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 525 e ss. per il quale l'appartenenza delle autostrade costruite dai privati e da questi gestite «va riconosciuta ai concessionari stessi, passando la proprietà allo Stato soltanto alla fine della concessione». In questo senso, si veda anche: Cass. Sez. Un. 9 marzo 1978, n. 1179, in *Giust. Civ.*, 1978, I, p. 837, secondo cui l'opera costruita dal concessionario sarebbe di proprietà dello stesso e non della pubblica amministrazione, «la quale l'acquista solo al termine della concessione».

¹³⁷ La situazione è stata esaminata, in modo approfondito, da G. TACCOGNA, *Sull'applicazione delle norme in tema di indennizzo per l'occupazione abusiva del demanio marittimo*, in *Foro amm. Tar*, 2008, 2447 ss.

beni demaniali marittimi, di zone del mare territoriale e delle pertinenze del demanio marittimo, ovvero per utilizzazioni difformi dal titolo concessorio, sono determinati in misura pari a quella che sarebbe derivata dall'applicazione del presente decreto, maggiorata rispettivamente del duecento per cento e del cento per cento»¹³⁸.

Con ciò dunque decretando che all'occupazione *sine titulo* segua necessariamente una sanzione economica direttamente calcolata sulla base dei canoni corisposti.

b) in secondo luogo, si pone il problema dell'applicazione dell'art. 1161 cod. nav. ove stabilisce che «*chiunque arbitrariamente occupa uno spazio del demanio marittimo o aeronautico o delle zone portuali della navigazione interna, ne impedisce l'uso pubblico o vi fa innovazioni non autorizzate, ovvero non osserva i vincoli cui è assoggettata la proprietà privata nelle zone prossime al demanio marittimo od agli aeroporti, è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a euro 516, sempre che il fatto non costituisca un più grave reato*».

Questa disposizione va inoltre coordinata con l'art. 25 cod. nav., a mente del quale «*scaduto il termine della concessione, questa si intende cessata di diritto senza che occorra alcuna diffida o costituzione in mora*», che, pur non essendo riferibile alle concessioni turistico-ricreative regolate dal suindicato dl 440/93¹³⁹, trova certamente applicazione con riguardo alle concessioni portuali¹⁴⁰.

Le riferite disposizioni normative indurrebbero cioè a ritenere che, ove la concessione sia giunta al termine, il concessionario sia tenuto a liberare

¹³⁸ Peraltro, l'art. 1 comma 257, l. 296/2006 ha fornito un'interpretazione autentica di tale norma, chiarendo che «*le disposizioni di cui all'articolo 8 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, e successive modificazioni, si interpretano nel senso che le utilizzazioni ivi contemplate fanno riferimento alla mera occupazione di beni demaniali marittimi e relative pertinenze. Qualora, invece, l'occupazione consista nella realizzazione sui beni demaniali marittimi di opere inamovibili in difetto assoluto di titolo abilitativo o in presenza di titolo abilitativo che per il suo contenuto è incompatibile con la destinazione e disciplina del bene demaniale, l'indennizzo dovuto è commisurato ai valori di mercato, ferma restando l'applicazione delle misure sanzionatorie vigenti, ivi compreso il ripristino dello stato dei luoghi*».

¹³⁹ Sul punto v., ad esempio, Cass. pen., Sez. III, del 24 febbraio 2003, n. 8759 «*in tema di occupazione del demanio marittimo, a seguito dell'entrata in vigore della legge 16 marzo 2001 n. 88, sostitutiva della previgente disposizione di cui all'art. 1, comma secondo, del decreto legge 5 ottobre 1993 n. 400, convertito in legge 4 dicembre 1993 n. 494, le concessioni di beni demaniali marittimi (ora con durata di sei anni) si rinnovano automaticamente alla loro scadenza per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, con la conseguente implicita abrogazione della previsione dell'art. 25 del regolamento per la navigazione marittima, per il quale la concessione si intendeva cessata di diritto alla scadenza senza necessità di diffida*».

¹⁴⁰ Così, G. TACCOGNA, *Sull'applicazione delle norme in tema di indennizzo per l'occupazione abusiva del demanio marittimo*, cit., 2448.

immediatamente l'area occupata, onde evitare di incorrere nelle suddette sanzioni.

Benché l'interpretazione del quadro normativo induca ad una tale conclusione, va detto la dottrina non ha mancato di evidenziare l'estrema rigidità dell'impianto normativo esistente, che risulta, allo stato, molto penalizzante nei confronti del concessionario, anche in ragione della rigida interpretazione che di queste norme la giurisprudenza penale ed amministrativa hanno sostenuto¹⁴¹.

Con ciò auspicando una presa di posizione sul punto da parte del legislatore.

18.2. Le suesposte considerazioni hanno sollevato l'ulteriore dubbio se, al termine della concessione, l'Autorità ed il concessionario possano ricorrere agli strumenti concessori disciplinati dal regolamento di attuazione del cod. nav.

La questione risulta particolarmente controversa, ove si consideri che un'interpretazione rigida dei principi europei di trasparenza, libertà e concorrenza, imporrebbe, una volta terminato il periodo di concessione, di liberare immediatamente l'area occupata e di porla a base di gara da parte dell'Autorità portuale.

Sul punto, la dottrina più recente ha ritenuto non più operativa l'art. 8 reg. nav. mar., laddove prevede una procedura di rinnovo senza istruttoria per le cd. "concessioni per licenza" (inferiori ai 4 anni) di aree e banchine portuali, in quanto contraria ai principi europei di concorrenza tra gli aspiranti concessionari. Ma, nel contempo, si è pronunciata in senso favorevole sulla possibilità che le Autorità portuali si avvalgano delle cd. "concessioni provvisorie", previste all'art. 10 del reg. nav. mar., purché non rappresenti un *escamotage* per eludere l'applicazione dei suindicati principi europei¹⁴².

Per quanto concerne le "concessioni per licenza", si rileva però il tentativo del legislatore di confermarne l'utilizzo, ove si consideri che il comma 2-bis dell'art. 1 dl n. 400/93 (da ultimo modificato per opera dell'art. 11, l. 15 dicembre 2011, n. 217 - Legge comunitaria 2010), ha espressamente previsto che «*le concessioni di cui al comma 1 che siano di competenza statale sono rilasciate dal capo del compartimento marittimo con licenza*».

Con ciò ponendo l'interrogativo se questa previsione possa essere riferita anche alle concessioni portuali.

¹⁴¹ ID, 2552 ss.

¹⁴² In questo senso si è espresso, in particolare, G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, Milano, 2009, 134; C. INGRATOCI, *La concessione di aree e banchine*, cit., 1003; nonché in giurisprudenza, Cons. St., Sez. VI, 13 aprile 1992, n. 257 e Cons. St., Sez. VI, 13 novembre 2001, n. 5817.

18.3. È possibile che l'Autorità portuale, in pendenza del procedimento di aggiudicazione della concessione portuale, consenta al futuro concessionario di prendere possesso delle aree che gli saranno a breve attribuite in concessione.

Tale ipotesi è, infatti, prevista all'art. 38 cod. nav. (e specificata, sotto il profilo procedurale, dall'art. 35 reg. nav. mar.), a mente del quale *«qualora ne riconosca l'urgenza, l'autorità marittima può, su richiesta dell'interessato, consentire, previa cauzione, la immediata occupazione e l'uso di beni del demanio marittimo, nonché l'esecuzione dei lavori all'uopo necessari, a rischio del richiedente, purché questo si obblighi ad osservare le condizioni che saranno stabilite nell'atto di concessione»*. E *«se la concessione è negata, il richiedente deve demolire le opere eseguite e rimettere i beni nel pristino stato»*.

La norma prevede cioè che prima del rilascio della concessione di determinati beni del demanio marittimo, l'aspirante concessionario possa chiederne all'Amministrazione, a fronte del versamento di una specifica cauzione, l'anticipata occupazione, adducendo riconosciute ragioni di urgenza.

La possibilità di regolare il rapporto tra Autorità e concessionario pur in assenza di una specifica concessione ha peraltro sollevato il problema di definire correttamente il rapporto tra la figura dell'anticipata occupazione ex art. 38 cod. nav. e l'istituto della concessione provvisoria ex art. 10 reg. nav. mar.

In passato, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione avevano avuto modo di osservare, proprio a detto riguardo, che *«ove il richiedente la concessione di una zona del demanio marittimo ottenga dall'amministrazione il permesso di occupare anticipatamente la zona richiesta verso l'obbligo di corrispondere, anche per il periodo dell'anticipata occupazione il canone che sarà fissato nell'atto di concessione definitiva, si pone in essere un atto di concessione provvisoria, che non è riportabile all'ipotesi disciplinata dall'art. 38 cod. nav. poiché tale norma presuppone che tra il privato e la pubblica amministrazione non sia già intervenuto un rapporto contrattuale»*¹⁴³.

La questione è stata esaminata più di recente dal Tar Puglia il quale ha osservato che *«l'art. 10 Reg. Nav. Mar., nel definire la concessione provvisoria, prevede che questa venga rilasciata "per il periodo intercorrente fra la scadenza del relativo atto e la sua rinnovazione" e quindi prende in considerazione solo ipotesi in cui già sussiste una precedente concessione, che sia scaduta, e non ipotesi, quale quella in esame, nelle quali la concessione ancora non sia stata rilasciata. Di ciò si trova conferma nel secondo comma dell'articolo in esame, che ai fini della*

¹⁴³ S.U. Cass. civ., 10 ottobre 1962, n. 2930; così anche Trib. Napoli, 5 giugno 1967.

misura del canone concessorio prevede che questo è dovuto in via provvisoria, nella misura già stabilita nell'atto di concessione originario. Diversa ipotesi è quella dell'anticipata occupazione, prevista dall'art. 38 cod. nav., per il quale l'autorità marittima ha il potere di autorizzare, in pendenza del procedimento di concessione, l'anticipata occupazione di area demaniale portuale a favore del richiedente la concessione, nonché l'uso di beni portuali e l'esecuzione di opere all'uopo necessarie, alle condizioni che saranno stabilite nel definitivo atto di concessione»¹⁴⁴.

Così dunque ribadendo che la differenza tra i due istituti in esame deve essere individuata nell'eventuale precedente esistenza di un rapporto negoziale tra le parti.

19. Proroga e rinnovo della concessione portuale.

Connesso a tali problematiche è il dibattutissimo problema dell'applicabilità degli istituti del rinnovo e della proroga alla concessione scaduta.

La questione, per quanto concerne specificatamente le concessioni ex art. 18 l. 84/94, deve essere esaminata contestualmente al problema relativo alla necessità per gli operatori portuali di ammortizzare nel periodo concessorio previsto gli investimenti realizzati. In questo quadro, la fattispecie si presenta duplicemente problematica, dovendosi far fronte, nell'esaminarla, oltre che agli argomenti evidenziati in tema di rinnovo/proroga delle altre forme di concessione demaniale, anche ad aspetti che più attengono alla dimensione portuale.

È, necessario, premettere che sul punto la Commissione Europea nella Comunicazione sui porti del 2007, richiamando la propria precedente Comunicazione in materia di concessioni del 2000 ha ribadito il principio per cui *«quando una concessione giunge a scadenza, il suo rinnovo è assimilabile a una nuova concessione e, pertanto, è soggetta ai principi sopra enunciati»*.

Sicché, tale principio trova piena applicazione con riguardo alle concessioni portuali.

Nel diritto nazionale però si è cercato di temperare tale rigido criterio facendo leva sulla previsione dell'art. 37 co. cod. nav., Tale disposizione prevede, al primo comma, che *«nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico»*.

Ferma restando tale previsione, tuttora vigente, il problema si è posto nei

¹⁴⁴ Tar Puglia, Lecce, Sez. I, 12 maggio 2011, n. 833.

casi in cui non ricorrano le condizioni previste nel suindicato primo comma dell'articolo.

Nella formulazione antecedente all'introduzione del dl 400/93, i commi successivi prevedevano che *«quando non ricorrano tali ragioni di preferenza, per le concessioni di durata superiore al quadriennio o che importino impianti di difficile sgombero, si procede a pubblica gara o a licitazione privata»* e che *«nello stesso caso, per le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero, la preferenza è data al precedente concessionario e, in mancanza, si procede a licitazione privata»*.

Si configurava così quello che veniva tradizionalmente denominato "diritto di insistenza"¹⁴⁵.

Tale diritto veniva però negli ultimi anni ritenuto non più compatibile con il quadro normativo vigente, tanto che la giurisprudenza in numerose decisioni stigmatizzava il ricorso a tale formula per avvantaggiare il concessionario uscente.

Di fronte ai principi del diritto comunitario questo diritto difficilmente poteva restare immutato: tant'è che il legislatore, con due interventi¹⁴⁶ ha riformulato tali disposizioni che ora prevedono che *«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. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata»*.

Nel corso di questi ultimi anni la giurisprudenza ha circoscritto sensibilmente l'uso del diritto di insistenza.

In questo senso, il Consiglio di Stato ha, ad esempio, sostenuto, in un caso, che *«si deve ritenere che solo in caso di effettiva equipollenza tra le offerte, accertata mediante una reale comparazione, possa trovare applicazione il diritto di insistenza di cui all'art. 37 del cod.nav.»*¹⁴⁷, mentre, in un caso diverso, ha rilevato, in senso più rigido, che *«anche se, nell'ambito delle concessioni demaniali marittime, risulta codificato (art. 37 cod. nav.) il c.d. "diritto di insistenza" (in favore del precedente concessionario, in occasione della rinnovazione del rapporto concessorio), la codificazione di un tale diritto non può oscurare l'obbligo della Amministrazione concedente di assoggettare a procedura comparativa l'offerta del precedente concessionario, risultando solo in tal modo soddisfatto il prevalente interesse alla individuazione del soggetto*

¹⁴⁵ Per tutti, S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 4, 355.

¹⁴⁶ Il primo con il già richiamato dl 5 ottobre 1993, n. 400 ed il secondo, più recente, avvenuto con l. 26 febbraio 2010, n. 25.

¹⁴⁷ Cass. civ., Sez. VI, n. 2509 del 23 aprile 2009.

contraente che offra migliori garanzie di proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse»¹⁴⁸.

La vigente formulazione della norma, che si riferisce espressamente al demanio costiero, rende comunque difficile la sua estensione al caso delle concessioni portuali.

b) La questione in esame assume connotati diversi con riguardo alle concessioni portuali.

In proposito, va detto che la giurisprudenza ha applicato in modo estremamente rigido il divieto di rinnovo senza esperimento di procedure di gara. In particolare, si è ritenuto che *«nel rispetto delle regole dettate dal Trattato e della giurisprudenza comunitaria, le concessioni di beni pubblici possono essere assentite solo in esito ad una procedura di gara caratterizzata da idonea pubblicità preventiva; esse ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni comunitarie in relazione ai principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità. In caso di rinnovo di concessioni di beni pubblici, il c.d. diritto di insistenza può assumere rilievo solo in caso di effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici e la gara deve essere depurata da fattori di vantaggio a favore dell'eventuale precedente concessionario»¹⁴⁹.*

Il Giudice amministrativo si è cioè sostanzialmente limitato a ribadire meccanicamente il principio espresso nella suindicata Comunicazione della Commissione del 2007.

Senonché, la dottrina non ha mancato di criticare l'approccio della giurisprudenza al problema, ritenendola non *«adeguatamente motivata, quantomeno con riferimento al fatto che non sembra distinguere tra posizioni di vantaggio conquistate “on the merits”, cioè nel rispetto delle*

¹⁴⁸ Cons. St., Sez. VI, n. 5765 del 25 settembre 2009.

¹⁴⁹ Tar Liguria Genova Sez. I, 26 gennaio 2006, n. 225, annotata da G. BALOCCO, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, in *Urb. e app.*, 2006, 7, 851. In tal senso si è pronunciato anche più recentemente Tar Liguria Sez. I Ord., 20 marzo 2007, n. 546, secondo il quale *«il rilascio di concessioni di beni pubblici richiede il previo esperimento di una gara preceduta da idonea pubblicità depurata, qualora si tratti di rinnovo di concessioni di beni pubblici, di qualsiasi elemento di vantaggio a favore dell'eventuale precedente concessionario»*.

Particolare è invece la pronuncia del Tar Liguria Sez. I, 30 ottobre 2007, n. 1872, nell'ambito della quale il Giudice amministrativo ha giudicato illegittimo il criterio di preferenza connesso alla disponibilità di un'area privata limitrofa. Tale orientamento della giurisprudenza seguirebbe il solco segnato nella materia delle concessioni demaniali marittime ed, in particolare, da Cons. Stato Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, secondo cui, *«con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione»*.

regole di concorrenza – posizioni, queste, le quali dovrebbero essere “spendibili” pienamente – ed eventuali condizioni di vantaggio non analogamente giustificate (ad esempio perché derivanti da illegittimi affidamenti diretti di altre concessioni)»¹⁵⁰.

In tal quadro, si è inoltre rilevato che la stessa Corte di Giustizia ha già avuto modo di ritenere legittimi criteri di aggiudicazione che favorivano un'impresa rispetto a quelle concorrenti «*per la disponibilità, soltanto in capo ad essa, di assets rilevanti per la migliore esecuzione del contratto stesso*»¹⁵¹.

Il che implicitamente comporta che una tale previsione, ove riferita alla disciplina delle concessioni portuali, non dovrebbe implicare alcuna violazione dei principi di diritto europeo.

20. La revoca della concessione portuale.

Al di là del caso in cui la concessione venga meno in conseguenza del decorso del termine stabilito originariamente, l'Autorità portuale può porre un termine all'attività del concessionario sia nel caso in cui si configurino le ipotesi di revoca della concessione, sia ove soccorrano le condizioni per la revoca dell'autorizzazione rilasciata per lo svolgimento delle operazioni portuali.

a) La prima ipotesi è prevista dal co. 9 dell'art. 18 l. 84/94, secondo cui «*in caso di mancata osservanza degli obblighi assunti da parte del concessionario, nonché di mancato raggiungimento degli obiettivi indicati nel programma di attività, di cui al comma 6, lettera a), senza giustificato motivo, l'autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità marittima revocano l'atto concessorio*». Tale previsione è strettamente connessa con quella contenuta nel precedente comma 8, che stabilisce che «*l'autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità marittima sono tenute ad effettuare accertamenti con cadenza annuale al fine di verificare il permanere dei requisiti in possesso al momento del rilascio della concessione e l'attuazione degli investimenti previsti nel programma di attività di cui al comma 6, lettera a)*».

Il combinato disposto delle due norme sembra conferire in capo all'Autorità portuale una discrezionalità invero del tutto eccezionale, essendo in tal caso l'attività di valutazione dell'amministrazione sostanzialmente ancorata alle sole previsioni contenute nel bando di gara in relazione ai requisiti richiesti al concessionario, nonché agli investimenti previsti nell'offerta, oppure, ma di tale possibilità è lecito dubitarsi, nella stessa concessione.

¹⁵⁰ G. TACCOGNA, *Assentimento dei terminal portuali*, cit., 982-983.

¹⁵¹ ID, 982; il riferimento è alla sentenza Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus*.

Nonostante l'uso del medesimo termine, tale previsione pare in realtà divergere notevolmente da quella prevista all'art. 42 cod. nav., che sancisce, sostanzialmente, la generale revocabilità delle concessioni di beni demaniali marittimi, a completa discrezione dell'amministrazione marittima e senza la corresponsione di alcun indennizzo in favore dell'impresa concessionaria privata del bene¹⁵². Il che sembra indurre a ritenere che, essendo del tutto distinte le due ipotesi, possano operare entrambe in presenza delle rispettive condizioni.

Proprio in relazione alla decadenza ex art. 42 del codice, va detto che la dottrina ha messo in evidenza come la formulazione di tale disposizione non sia assolutamente in linea con la sopravvenuta previsione generale in tema di revoca (cui è riconducibile la norma speciale), contenuta nell'art. 21*quinquies* della l. 241/90 che dunque l'integrazione tra le due previsioni «*si imponga con conseguente modifica delle norme di settore per effetto della sovrapposizione ad esse dei principi e delle regole generali contenuti nella L. n. 241/1990*»¹⁵³.

Pertanto, in questo quadro, ove si ritenesse estendibile all'istituto della concessione portuale la suddetta previsione del codice: 1) non sarebbe possibile per l'Autorità portuale revocare una concessione portuale, ove sussistano i presupposti di cui all'art. 42 cod. nav., in assenza dell'erogazione dell'indennizzo previsto all'art. 21*quinquies* della l. 241/90; 2) tale indennizzo dovrebbe essere parametrato sulla base del solo ristoro del danno emergente del concessionario.

b) La seconda ipotesi è invece connessa alla previsione di cui all'art. 7 del dm 31 marzo 1995, n. 585, il quale prevede che l'autorizzazione rilasciata dall'Autorità portuale può essere da questa sospesa o revocata, «*in ogni tempo senza diritto ad alcun indennizzo, con provvedimento motivato, sentita la commissione consultiva locale*», ove soccorrano le circostanze previste da tale disposizione.

In relazione a quest'ultima previsione (ma con una considerazione

¹⁵² Com'è noto, tale disposizione prevede che «*le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero sono revocabili in tutto o in parte a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. Le concessioni di durata superiore al quadriennio o che comunque importino impianti di difficile sgombero sono revocabili per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse, a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. La revoca non dà diritto a indennizzo. Nel caso di revoca parziale si fa luogo ad un'adeguata riduzione del canone, salva la facoltà prevista dal primo comma dell'articolo 44. Nelle concessioni che hanno dato luogo a una costruzione di opere stabili l'amministrazione marittima, salvo che non sia diversamente stabilito, è tenuta a corrispondere un indennizzo pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato. In ogni caso l'indennizzo non può essere superiore al valore delle opere al momento della revoca, detratto l'ammontare degli effettuati ammortamenti*».

¹⁵³ G. TACCOGNA, *L'indennizzo nella revoca delle concessioni demaniali marittime*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, 2010, 1002.

estendibile anche all'ipotesi prevista *sub* art. 18 l. 84/94), la dottrina ha rilevato come in realtà, il *nome juris* utilizzato dal legislatore non sia del tutto corretto, atteso che il provvedimento di revoca assume in tal caso, piuttosto, connotati sanzionatori, atteggiandosi dunque alla stregua di un atto di decadenza¹⁵⁴.

La considerazione sembra condivisibile, soprattutto ove si consideri che mentre nell'impianto della l. 241/1990, la revoca è configurata quale provvedimento che l'amministrazione è tenuta ad adottare al sopravvenire di ragioni di opportunità, nel caso di specie, l'atto che l'Autorità portuale adotta è rappresentato, per l'appunto, come «*ritiro di un'autorizzazione (o di una concessione, ndr.) allorché la medesima acquisisca consapevolezza del contrasto di tale atto con la normazione vigente al momento del suo rilascio*»¹⁵⁵.

Tale considerazione, nel momento in cui si ritenesse riferita al caso della revoca della concessione, parrebbe oltretutto implicare un arginamento della discrezionalità dell'Autorità portuale nel momento di valutazione dell'attuazione degli investimenti previsti nel programma di attività del concessionario, in quanto dovrebbe portare all'adozione del provvedimento sanzionatorio solo nel caso in cui la difformità rispetto al programma previsto in sede di offerta diverga macroscopicamente rispetto a quello attuato in concreto.

21. Il nuovo sistema di "Autonomia finanziaria dei porti" previsto dall'art. 18bis l. 84/94

Uno dei principali punti di debolezza ravvisati dalla dottrina nell'impianto della l. 84/94 era rappresentato dalla mancata autonomia finanziaria delle Autorità portuali le cui entrate si risolvevano essenzialmente «*nell'ammontare dei canoni di concessione e nella tassa e sovrattassa portuale sulle merci imbarcate e sbarcate, più altre entrate di modesta entità, ma la gran parte del gettito fiscale generato dal traffico portuale – Iva, dazi, accise, tassa e sovrattassa di ancoraggio, ecc. – resta di competenza dello Stato*»¹⁵⁶.

Perciò, sebbene il regime del finanziamento dei porti fosse stato modificato di recente¹⁵⁷, il legislatore ha ritenuto necessario porvi

¹⁵⁴ G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, Milano, 2009, cit., 158.

¹⁵⁵ *Id.*, 159.

¹⁵⁶ E. MUSSO – C. FERRARI, *Verso la riforma portuale*, in *Quad. reg.*, 2009, 3, 995. Sull'evoluzione normativa degli ultimi anni in tema di autonomia finanziaria dei porti v., in particolare, G. VEZZOSO, *Le occasioni mancate di una proposta di riforma portuale* in *Dir. mar.*, 2010, 455 ss., il quale peraltro esamina il testo dell'art. 18bis della riforma portuale che era in quel momento – nel 2010 – pendente in Parlamento, disposizione che però differisce in parte rispetto a quella poi approvata nel 2012.

¹⁵⁷ Cfr., nuovamente, G. VEZZOSO, *Le occasioni mancate*, cit., 455-457.

nuovamente mano, in questo caso intervenendo direttamente sul testo della l. 84/1994.¹⁵⁸

Con dl 22 giugno 2012 n. 83, è stato, infatti, introdotto nella l. 84/94 l'art. 18bis, che sostituisce la disciplina precedente, contenuta nei commi da 247 a 250 dell'art. 1, l. 24 dicembre 2007, n. 244, prevedendo l'introduzione di *«un fondo per il finanziamento degli interventi di adeguamento dei porti alimentato su base annua, in misura pari all'1 per cento dell'imposta sul valore aggiunto e delle accise riscosse nei porti e negli interporti rientranti nelle circoscrizioni territoriali delle autorità portuali, nel limite di 70 milioni di euro annui»*.

In particolare, tale fondo è ripartito con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle Finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, attribuendo a ciascun porto l'80% della quota delle riscossioni dell'IVA e delle accise ad esso relative e ripartendo il restante 20% tra i porti, con finalità perequative, tenendo altresì conto delle previsioni dei rispettivi piani operativi triennali e piani regolatori portuali.

Inoltre, per quanto maggiormente interessa ai nostri fini, il co. 5 dell'art.

¹⁵⁸ La disposizione è stata così formulata: *«al fine di agevolare la realizzazione delle opere previste nei rispettivi piani regolatori portuali e nei piani operativi triennali e per il potenziamento della rete infrastrutturale e dei servizi nei porti e nei collegamenti stradali e ferroviari nei porti, è istituito, nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, un fondo per il finanziamento degli interventi di adeguamento dei porti alimentato su base annua, in misura pari all'1 per cento dell'imposta sul valore aggiunto e delle accise riscosse nei porti e negli interporti rientranti nelle circoscrizioni territoriali delle autorità portuali, nel limite di 70 milioni di euro annui. 2. Entro il 30 aprile di ciascun esercizio finanziario, il Ministero dell'economia e delle finanze quantifica l'ammontare delle riscossioni dell'imposta sul valore aggiunto e delle accise nei porti rientranti nelle circoscrizioni territoriali delle autorità portuali e la quota da iscrivere nel fondo. 3. Le autorità portuali trasmettono al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti la documentazione relativa alla realizzazione delle infrastrutture portuali in attuazione del presente articolo. 4. Il fondo di cui al comma 1 è ripartito con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, attribuendo a ciascun porto l'ottanta per cento della quota delle riscossioni dell'imposta sul valore aggiunto e delle accise ad esso relative e ripartendo il restante venti per cento tra i porti, con finalità perequative, tenendo altresì conto delle previsioni dei rispettivi piani operativi triennali e piani regolatori portuali. 5. Per la realizzazione delle opere e degli interventi di cui al comma 1, le autorità portuali possono, in ogni caso, fare ricorso a forme di compartecipazione del capitale privato, secondo la disciplina della tecnica di finanza di progetto di cui all'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modifiche ed integrazioni, stipulando contratti di finanziamento a medio e lungo termine con istituti di credito nazionali ed internazionali abilitati, inclusa la Cassa depositi e prestiti S.p.A. 6. Sono abrogati i commi da 247 a 250 dell'articolo 1 della legge 24 dicembre 2007, n. 244»*.

18bis stabilisce che al fine di agevolare la realizzazione delle opere previste nei piani regolatori portuali e nei piani operativi triennali e per il potenziamento della rete infrastrutturale e dei servizi nei porti e nei collegamenti stradali e ferroviari nei porti, le Autorità portuali potranno, in ogni caso, *«fare ricorso a forme di compartecipazione del capitale privato, secondo la disciplina della tecnica di finanza di progetto di cui all'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modifiche ed integrazioni, stipulando contratti di finanziamento a medio e lungo termine con istituti di credito nazionali ed internazionali abilitati, inclusa la Cassa depositi e prestiti S.p.A.»*.

In questo modo, il legislatore ha dunque formalmente riconosciuto l'esigenza che, al fine di realizzare gli interventi strutturali di cui necessitano i porti, è indispensabile l'apporto dei privati. Si tratta, in altri termini, di un "ribaltamento" della prospettiva tradizionale che vedeva l'intervento degli enti territoriali (ed in primo luogo dello Stato), la fonte principale attraverso la quale i porti dovevano attingere per le opere straordinarie e di manutenzione. Sicché, attraverso la suindicata disposizione si dovrebbe giungere a sollecitare gli enti portuali ad avvalersi dei fondi privati non solo quale remunerazione per l'uso dei beni ricadenti nell'ambito portuale, ma altresì come contributo generale diretto allo sviluppo dei singoli porti.

Prospettiva che non può che incidere anche sulla stesse operazioni economiche sottese al rilascio delle concessioni portuali.

CAPITOLO V

LA CONCESSIONE DEI TERMINAL NEI PORTI NELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: I. La regolazione del mercato europeo dei servizi portuali: dal “Libro Verde sui Porti e le Infrastrutture Marittime” del 1997 alla Proposta di Direttiva europea del 2001 (cd. “Ports Package”). — 2. Dal fallimento della prima proposta di direttiva europea sui servizi portuali alla proposta di direttiva sull’accesso al mercato dei servizi portuali del 2004. — 3. Il rigetto della proposta di direttiva europea del 2004 e la Comunicazione della Commissione del 2007. — 4. Il nuovo approccio della Commissione Europea al settore portuale. — 5. Le forme di coordinamento tra i porti europei: l'esperienza dell'European Sea Port Organisation (ESPO) e del Federation of European Private Port Operators (FEPOR). — 6. I modelli di governance dei porti. — 7. L'ESPO *Fact-finding report 2010*: oltre il modello del *Landlord port*. 8. L'ITMMA *Survey The awarding of seaport terminals in Europe 2008*: a) *the legal framework*; b) *the terminal awarding process*; c) *the duration of the terminal award contract*; d) *the contract stipulation*. diversi modelli di *governance* dei porti: dal *Landlord port* al *Tool port*. — 9. La nozione di “port concession”. — 10. Le procedure di aggiudicazione nelle concessioni portuali. — 11. Le più recenti esperienze di concessioni di terminal nei porti europei. — 12. Il *Manifesto ESPO 2012*: un tentativo di *soft regulation*?

I. La regolazione del mercato europeo dei servizi portuali: dal “Libro Verde sui Porti e le Infrastrutture Marittime” del 1997 alla Proposta di Direttiva europea del 2001 (cd. “Ports Package I”).

In precedenza si è posta in evidenza l’indubbia rilevanza dell’influenza esercitata dalle istituzioni europee ai fini dell’approvazione della l. 84/94, con la quale si è incisivamente riformata l’intera materia portuale nell’ordinamento italiano¹.

Ora va detto che la stessa politica europea in materia ha subito, nel tempo, una decisa evoluzione².

¹ Cfr. § I. A tal riguardo, la dottrina interna ha, infatti, rilevato come l'intervento della Corte di Giustizia nelle sentenze Porto di Genova I e II, al di là del contenuto delle pronunce abbia prodotto un moto di riforme che in caso diverso difficilmente si sarebbe potuto realizzare: cfr, sul punto, D. TRAINA - D. URANIA GALETTA, *Trasporti marittimi e porti*, in M. CHITI - G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2111-2172;

² P. VERHOEVEN, *European port policy: meeting contemporary governance challenges*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 31:1, 84 e seguenti distingue tre fasi di evoluzione nella politica europea in materia di porti. In particolare,

1) «1957-2000: Identification of the main objectives and first initiatives»;

2) «2001-2006: The port services' Directive saga»;

3) «2006-2007: a new start».

In particolare, rileva l’Autore che:

Fino ai primi anni settanta del secolo scorso, si riteneva, infatti, che la materia dei trasporti aerei e marittimi (e dunque il settore portuale) fosse del tutto esclusa dall'ambito di applicazione del Trattato che istituiva la Comunità Economica Europea³.

Questa fase perdurò sostanzialmente fino alla decisione della Corte di Giustizia delle Comunità Europee nel celebre *caso Seamen* del 1974⁴, che vedeva contrapposta la Commissione Europea e lo Stato francese, nel quale la Corte rilevò che i principi generali di libera e concorrenza dovessero essere applicati alla materia dei trasporti, nel suo complesso e dunque al settore portuale.

Fu allora e forse anche in seguito all'ingresso nella Comunità europea di taluni Stati nei quali il trasporto marittimo costituiva una "componente importante dell'economia nazionale", che il settore portuale iniziò a prendere consapevolezza della rilevanza del diritto comunitario, sebbene dalla Commissione non venisse alcun intervento specifico in materia, ritenendo che l'introduzione di speciali misure nel settore dei porti non fosse necessario e che la politica comune in tema di trasporti fosse di per sé sufficiente (cd *non-intervention policy*)⁵.

La situazione mutò profondamente nel corso degli anni novanta del

- la prima fase si sarebbe caratterizzata per una politica tendenzialmente di non intervento nel settore dei porti, benché non sia stata del tutto priva di iniziative;

- la seconda, coincidente con la proposizione dei due testi di direttiva in seguito rigettati, sarebbe stata dominata da un clima di forte conflittualità politica (dovuta alla diversa prospettiva dei Paesi dell'Europa del nord – ed in particolare delle rispettive autorità portuali, timorosi di perdere la propria forza portuale e la propria indipendenza – ed i Paesi dell'Europa del sud, che vedevano nell'approvazione della disciplina europea una possibilità di crescita della competitività dei propri porti) e sociale (connessa alla resistenza al cambiamento da parte delle associazioni portuali che ritenevano che le riforme in questione avrebbero potuto restringere considerevolmente il regime delle tutele dei lavoratori portuali);

- la terza fase, infine, che trova il suo culmine nell'adozione da parte della Commissione Europea della Comunicazione del 2007 in materia di porti, si contraddistinguerebbe per un diverso approccio ai problemi portuali: cioè, maggiormente aperto al dialogo con gli operatori (si ricorda che la Comunicazione del 2007 è stata preceduta da un'ampia sessione di consultazione degli *stakeholders*) e dunque più aderente alla realtà, ponendosi l'obiettivo non di stravolgere l'organizzazione portuale, bensì di conciliare la situazione attuale – ed in particolare, l'esigenza di tutti i soggetti interessati - con le finalità generali (ossia, rispetto dei principi di trasparenza, concorrenzialità, non discriminazione etc...) dell'Unione Europea.

³ Per un inquadramento generale dell'evoluzione della politica europea in materia portuale si veda, soprattutto, E. VAN HOYDONK, *The regime of port authorities under European law including an analysis of the Port Services Directive in European Seaports Law. EU Law of Ports and Port Services and the Ports Package*, Antwerp/Apeldoorn, Maklu, 2003, 79–185 (oltre che in *Liber amicorum* R. Roland, Brussels, Larcier, 2003, 467–570).

⁴ *Id.*, 88.

⁵ E. ORRÙ, *La disciplina dei servizi portuali negli Stati membri dell'Unione Europea. Un'analisi comparativa*, Bologna, 2005, 2 ss.

ventesimo secolo che videro, proprio con riferimento alla situazione dei porti italiani, l'adozione di numerose decisioni da parte, oltre che della stessa Commissione, anche della Corte di Giustizia dirette a rimuovere le restrizioni alla libertà nella prestazione dei servizi portuali, nonché a garantire una concorrenza tra gli stessi operatori. E tra queste decisioni, particolare rilevanza ebbe la già citata sentenza Porto di Genova I (o "Siderurgica Gabrielli") del 1991⁶.

La Commissione Europea, forte dei risultati ottenuti sul piano dei singoli Paesi, pubblicò il 10 dicembre 1997 il cd. "Libro Verde sui Porti e le Infrastrutture Marittime", che comprendeva un'analisi della situazione dei porti europei, nonché delle corrispondenti infrastrutture, accompagnata dalla prospettazioni di diverse soluzioni per ovviare alle carenze rinvenute nel sistema⁷.

In particolare, il libro Verde introduceva la distinzione tra «*services liés aux marchandises*» che ricomprendevano, tra gli altri, i servizi di *manutention* e di *stockage*, e i «*services liés aux navires*» che includevano, ad esempio, "le pilotage" e "les services de dragage et d'amarrage". Inoltre la Commissione Europea evidenziava che la prestazione dei primi «*est peu à peu transférée du secteur public au secteur privé, a fin d'en augmenter l'efficacité et de réduire les dépenses publiques affectées à la main d'œuvre portuaire*», mentre i servizi prestati alle navi «*doivent être considérés comme faisant partie intégrante du système de transport maritime. De ce fait, les règles du traité, en matière de concurrence notamment, devraient être appliquées de manière plus systématique. Cela va dans le sens de la politique de l'Union européenne visant à encourager la modernisation et l'efficacité du secteur, compte tenu de l'évolution structurelle de la concurrence mondial*»⁸.

Com'è stato evidenziato, erano sostanzialmente queste le direttive principali sottese all'adozione del Libro Verde:

a) in primo luogo, la Commissione «*declared itself aware of the considerable differences in the way in which ownership, organisation and financing of ports has been approached (...) Cargo-handling has gradually been liberalised, but in the market for technical-nautical services, restrictions often still prevail. The Commission accepted that (...) the Community must remain neutral with regard to the private or public status*

⁶ Si veda al riguardo il §I.

⁷ Cfr. M. BRIGNARDELLO, *La politica portuale alla luce della nuova proposta di direttiva europea*, in *Il Diritto marittimo*, 2001, 1314, secondo cui il Libro Verde, «*pur trattandosi di un documento programmatico, come tale non avente efficacia normativa, esso ha avuto il pregio di aver avviato in sede comunitaria, la discussione su questioni inerenti il settore portuale*».

⁸ Cfr. *Livre Vert, du 10 décembre 1997, relatif aux ports et aux infrastructures maritimes, COM(97) 678 final - Non publié au Journal officiel*, disponibile su http://europa.eu/legislation_summaries/transport/waterborne_transport/124163_fr.htm.

of port operators. Moreover, the right of member state to define the regime of the services provided in their ports in accordance with their particular geographical, administrative, social, technical and historical circumstances should be respected (...) Port services must function in conformity with competition rules as well as with the major freedoms guaranteed under the EC Treaty ..»⁹;

b) in secondo luogo, la Commissione «*stated that, complementary to the present case by case approach, a regulatory framework could be developed at Community level that aims at a more systematic liberalisation of the port services market in main ports attracting international traffic, in order that – over a reasonable period of time – a level playing field be created between and within Community ports, while not compromising port and maritime safety standards*»;

c) infine, la Commissione «*accepted that any steps towards liberalisation would need to be introduced in order to allow sufficient time for the sector to adapt*»¹⁰

Il 13 febbraio 2001, la Commissione trasmetteva al Consiglio e al Parlamento Europeo la Comunicazione dal titolo “*Reinforcing Quality Service in Sea Ports: A Key for European Transport*”.

Alla Comunicazione, meglio conosciuta come “*Ports package I*”, era annessa anche la proposta per una Direttiva sull'accesso al mercato dei servizi portuali riguardante le misure di apertura del mercato relative a detti servizi. L'obiettivo evidenziato dalla Commissione consisteva nel garantire condizioni eque di concorrenza a tutti i prestatori di servizi, definire norme chiare, nonché istituire una procedura aperta e trasparente per l'accesso a tali servizi¹¹.

Nella disciplina in esame, risultava centrale la previsione contenuta all'art. 6, in forza del quale «*gli Stati membri possono esigere che il prestatore di servizi portuali debba munirsi di un'autorizzazione preventiva*», rilasciata dalle previste autorità competenti secondo criteri pubblici, «*trasparenti, non discriminatori, obiettivi e proporzionati*», diretti a verificare «*le qualifiche professionali del prestatore, la sua solidità finanziaria e l'esistenza di una sufficiente copertura assicurativa, nonché la sicurezza marittima o la sicurezza degli impianti, delle attrezzature e delle persone*».

La proposta di direttiva prevedeva dunque la possibilità che gli Stati imponessero agli operatori portuali di essere sottoposti ad un'autorizzazione

⁹ E. VAN HOOYDONK, *The regime of port authorities under European law including an analysis of the Port Services Directive*, cit., 90.

¹⁰ ID., 90-91.

¹¹ Rileva, infatti, E. VAN HOOYDONK, *Prospects after the rejection of the european port services directive*, in *Il diritto marittimo*, 2004, 852: che «*the main objective of the Directive proposal was to liberalise port services and to make port installation accessible to service providers*».

definita come «*any permission, including a contract, allowing a natural or legal person to provide port services or to carry out self-handling*», al fine di svolgere i propri servizi. E ciò, specificando altresì che questa “*può comprendere obblighi di servizio pubblico relativi alla sicurezza, continuità, qualità, prezzo e condizioni alle quali il servizio può essere fornito*».

Il che, come è stato evidenziato in dottrina, ha sollevato «*un problema molto delicato, ossia quello della possibilità per gli Stati di imporre al prestatore determinati obblighi di servizio pubblico, problema che forse avrebbe meritato una maggiore attenzione da parte della Commissione Europea*»¹², anche in considerazione del fatto che, a tale previsione, la direttiva non faceva seguire alcuna disciplina.

L'art. 7 della proposta di Direttiva soggiungeva che «*gli Stati membri possono limitare il numero dei prestatori di servizi portuali solo quando sussistano vincoli di spazio o di capacità disponibile ovvero, in relazione ai servizi tecnico-nautici, per ragioni di sicurezza del traffico marittimo*», pur imponendo all'autorità competente di «*autorizzare il numero più elevato possibile di prestatori di servizi, tenendo conto delle circostanze*». La norma prevedeva cioè che mentre per i servizi tecnico-nautici la restrizione all'esercizio potesse discendere da ragioni di sicurezza, per tutti gli altri servizi, e specialmente per i servizi alle merci, una tale limitazione potesse derivare solo da vincoli di spazio e di capacità.

Un'ulteriore previsione volta a limitare e regolare l'accesso al mercato dei servizi portuali era costituita dal successivo art. 8, a mente del quale le autorità competenti erano tenute ad istituire «*un procedimento di selezione trasparente ed obiettivo, tramite bando di gara nell'osservanza di criteri proporzionati, non discriminatori e pertinenti*».

L'art. 9 regolava invece la durata delle autorizzazioni distinguendola in funzione della natura degli investimenti di cui si era fatto carico il prestatore di servizi. In particolare, ne era prevista una durata quinquennale, ove il prestatore non avesse svolto alcun investimento oppure solo investimenti di scarsa rilevanza, mentre in presenza di investimenti rilevanti l'autorizzazione aveva una durata di dieci anni ove tali investimenti avessero comportato la realizzazione di strutture mobili e di venticinque nel caso di strutture fisse.

Infine, l'art. 16 della direttiva, recante misure transitorie, regolava la sorte delle autorizzazioni già rilasciate, stabilendo un diverso periodo di tempo per adeguarle alla nuova disciplina in funzione della tipologia di autorizzazione rilasciata e del fatto che essa fosse stata preceduta o meno da una gara pubblica.

Pertanto, la proposta di direttiva esaminata prevedeva che tutti gli operatori si sarebbero dovuti munire di un'autorizzazione per l'accesso al

¹² M. BRIGNARDELLO, *La politica portuale alla luce della nuova proposta di direttiva europea*, in *Dir. mar.*, 2001, 1326.

mercato dei servizi portuali, ove fosse stato così imposto dalle discipline dei Paesi membri.

La disciplina europea non distingueva cioè, come invece avviene nella disciplina nazionale italiana, tra strumento autorizzativo relativo alle attività espletate e strumento concessorio concernente l'uso delle aree necessarie ad ospitare tali attività, limitandosi ad introdurre una modalità di regolazione generale diretta al solo scopo di consentire ai soggetti interessati di accedere al mercato dei servizi portuali con la massima trasparenza e concorrenzialità possibile.

2. Dal fallimento della prima proposta di direttiva europea alla proposta di direttiva sull'accesso al mercato dei servizi portuali del 2004 (cd. "Ports Package II" ¹³).

Benché il 29 settembre 2003, i rappresentanti del Parlamento Europeo (con un'esigua maggioranza) e del Consiglio (all'unanimità) avessero raggiunto, in sede di comitato di conciliazione, un accordo di compromesso sul progetto comune di direttiva¹⁴, nella seduta plenaria del 20 novembre 2003, il Parlamento, in terza lettura, respingeva il compromesso raggiunto con una maggioranza ristretta¹⁵, ponendo irrevocabilmente fine alla procedura legislativa.

Le ragioni del rigetto della proposta furono sia di ordine politico-sociale¹⁶, sia di natura giuridica¹⁷.

¹³ È necessario rilevare che in realtà, a differenza del "pacchetto" previsto nel 2001, nel 2004 la Commissione si è solo limitata a proporre una direttiva europea in materia di accesso ai mercati portuali. Deve dunque ritenersi improprio l'uso dell'espressione "package" per definire la proposta avanzata dalla Commissione nel 2004.

¹⁴ Questi erano, in sostanza, i punti principali dell'accordo:

- Diritto esclusivo di rilascio delle autorizzazioni: il Parlamento accettava di conferire agli Stati membri la facoltà di decidere se introdurre nella propria legislazione un diritto esclusivo di rilascio delle autorizzazioni;
- Autoproduzione: il Consiglio accettava di autorizzare l'autoproduzione soltanto nei casi in cui le compagnie marittime impieghino personale navigante proprio;
- Servizi di pilotaggio: il Parlamento accettava che il pilotaggio resti nell'ambito di applicazione della direttiva e sottolineava l'importanza di quest'ultimo per la sicurezza del trasporto marittimo e per la protezione dell'ambiente;
- Concorrenza tra i porti e trasparenza dei rapporti finanziari: il Consiglio accettava di ampliare gli obiettivi della direttiva su questo punto.
- Modalità e periodo di durata dell'autorizzazione, misure transitorie e pagamenti compensativi ai precedenti fornitori di servizi: anche su questo punto è stato raggiunto un accordo.

¹⁵ Cioè, con 209 voti a favore, 229 contrari e 16 astensioni.

¹⁶ Per comprendere i problemi politici e sociali connessi all'approvazione dei testi di direttiva in materia portuale, si v. soprattutto P. VERHOEVEN, *European port policy: meeting contemporary governance challenges*, in *Maritime Policy Management: The*

Lasciando in disparte le prime, occorre rilevare che, già prima del rigetto parlamentare della proposta di direttiva in esame, la dottrina aveva rilevato come la necessità di tenere conto delle specificità locali da parte della Commissione Europea nella redazione del testo di direttiva avesse sostanzialmente comportato «*nella formulazione delle disposizioni, l'impiego di una terminologia talvolta volutamente e necessariamente generica*», così sottolineando «*il rischio che essa venga interpretata ed applicata, attraverso disposizioni nazionali normative ed amministrative di attuazione, in modo tale da scontentare il meno possibile coloro che sono favorevoli al mantenimento dello status quo a danno degli interessi degli utenti ed, in ultima istanza del porto*»¹⁸.

Più analiticamente, altra dottrina¹⁹ aveva ritenuto che alla base del rigetto della direttiva potessero essere individuate cinque ragioni principali, ed in particolare: a) il fatto che la proposta di direttiva “tradisse”, da parte della Commissione, «*a deep-rooted distrust vis-à-vis the European port, more in particular the European port authorities*»; b) «*the lack of a thorough examination of the specific needs of the port sector*»: in sostanza, si sosteneva cioè che la direttiva avesse preso a prestito taluni elementi principali di altre discipline, senza curarsi delle specificità nella regolazione dei porti; c) «*the failure to recognise a number of rules of international law with regard to port operations*»; d) la presenza all'interno del testo della direttiva di «*unreasonable rules*» (quali ad esempio «*the obligation to appoint at least two competing service providers*»), previsione pressoché impossibile da realizzare in molti tra i porti più piccoli) ed, infine, per l'appunto, e) la mancanza di chiarezza di molte disposizioni presenti nella stessa proposta.

Mentre ancora si stava valutando il possibile scenario che si sarebbe presentato in seguito al rigetto della proposta di direttiva²⁰, la Commissione Europea presentava, il 13 ottobre 2004, una seconda proposta di direttiva europea avente ad oggetto l'accesso al mercato dei servizi portuali, diretta a liberalizzare il settore portuale.

In sostanza, l'obiettivo perseguito dalla Commissione era il medesimo

flagship journal of international shipping and port research, 31:1, 86 che descrive anche il ruolo avuto da ESPO nel contesto conflittuale che si era creato.

¹⁷ In proposito v. E. VAN HOOYDONK, *Prospects after the rejection of the european port services directive*, in *Il diritto marittimo*, 2004, 855 ss. e T. NOTTEBOOM – P. VERHOEVEN, *The awarding of seaport terminals to private operators: European practices and policy implications*, in *European Transports/Trasporti Europei*, Trieste, Agosto 2010, 85.

¹⁸ M. BRIGNARDELLO, *La politica portuale alla luce della nuova proposta di direttiva europea*, cit. 1339-1340.

¹⁹ E. VAN HOOYDONK, *Prospects after the rejection of the european port services directive*, in *Il diritto marittimo*, 2004, 855 ss.

²⁰ ID., 861 ss.

che era stato posto alla base della prima direttiva²¹: tra le novità principali risiedeva però il fatto che l'autorizzazione per l'esercizio delle attività portuali diveniva obbligatoria, l'adozione di tale misura veniva giustificata sul fatto che *«la Commissione intende così conciliare l'esigenza di consentire ai prestatori di servizi portuali competenti di accedere in modo efficiente ed effettivo al mercato dei servizi portuali con la necessità di garantire la buona gestione del porto (con i vincoli che gli sono propri) e con un livello di qualifiche professionali soddisfacente»*.

La proposta di direttiva introduceva una serie di definizioni di “termini chiave”, che in realtà non si distinguevano da quelli previsti nella precedente proposta²².

L'art. 7, co. 1, prevedeva un regime transitorio per le autorizzazioni già in essere, stabilendo che, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della direttiva, tutti i prestatori di servizi portuali avrebbero dovuto esercitare la loro attività sulla base di un'autorizzazione, rilasciata dalle relative autorità competenti. Ulteriori restrinzioni in tal senso erano previste all'art. 10 della direttiva²³.

²¹ In tal senso, nel testo della stessa proposta di direttiva del 2004 si evidenzia che *«la Commission souhaite souligner que, lors des discussions entre institutions qui ont porté sur sa précédente initiative législative, la philosophie et les principes généraux de sa proposition sont restés inchangés»*.

²² In particolare, veniva definito:

- il “porto” o “porto marittimo”, *«una zona di terra e di mare appositamente predisposta e dotata di attrezzature che le consentono, in via principale, di accogliere naviglio, effettuare operazioni di carico, scarico, deposito di merci, presa in consegna e riconsegna di tali merci e l'imbarco e lo sbarco dei passeggeri»*;
- i “servizi portuali”, *«i servizi tecnico-nautici di pilotaggio (entro i limiti di cui all'articolo 14), rimorchio, ormeggio, tutte le operazioni di movimentazione delle merci (compresi carico e scarico, scaricamento, stivaggio, trasbordo ed altri trasporti all'interno del terminale) e servizi passeggeri (compreso l'imbarco e lo sbarco). Essi sono prestati o all'interno della zona portuale o sulla via di accesso al porto / di uscita dal porto o del sistema portuale disciplinati dalla presente direttiva»*;
- i “prestatori dei servizi portuali”, *«qualsiasi persona fisica o giuridica che fornisca o desideri fornire, dietro compenso, una o più categorie di servizi portuali»*;
- l'“autorizzazione”, *«qualsiasi permesso, anche in forma contrattuale, che consente ad una persona fisica o giuridica di fornire una o più categorie di servizi portuali o di effettuare l'autoproduzione»*.

²³ Il quale prevedeva che *«1. Qualora, dopo la data indicata dell'articolo 7, paragrafo 1, abbiano luogo limitazioni per uno o più servizi portuali e qualora ricorra la condizione di cui all'articolo 7, paragrafo 2, tutte le autorizzazioni per questi servizi in vigore al momento in cui hanno luogo tali limitazioni conservano la loro validità fino alla loro scadenza.*

2 Qualora abbiano luogo limitazioni per uno o più servizi portuali dopo la data indicata all'articolo 7, paragrafo 1 e non ricorra la condizione di cui all'articolo 7, paragrafo 2, tutte le autorizzazioni per questi servizi in vigore al momento in cui hanno luogo tali limitazioni perdono la loro validità e deve essere avviata la procedura di cui all'articolo 8

Ad avviso della dottrina, sarebbe stato necessario per i prestatori ottenere un'autorizzazione specifica per ciascun servizio portuale che intendevano prestare, dato che *«authorisations within the meaning of the proposed Directive cannot be granted to service providers as such; a separate authorisation would be required for each of the port services, quays or terminals concerned»*²⁴.

Con riguardo ai criteri per il rilascio dell'autorizzazione, da parte dell'autorità competente, il terzo comma dell'art. 7, premettendo che essi *«devono essere trasparenti, non discriminatori, obiettivi, pertinenti e proporzionati»*, rilevava che, se applicabili, detti criteri dovessero riguardare unicamente:

a) le qualifiche professionali del prestatore di servizi e del suo personale, la sua solidità finanziaria e l'esistenza di una sufficiente copertura assicurativa;

b) la sicurezza marittima o la sicurezza e la protezione del porto o dell'accesso ad esso, dei suoi impianti, delle attrezzature e delle persone;

c) l'osservanza della normativa sociale o del lavoro, comprese le norme delle convenzioni collettive, a condizione che siano compatibili col diritto comunitario;

d) il rispetto dei requisiti ambientali locali, nazionali e internazionali;

e) la politica di sviluppo del porto.

Come nel testo della prima proposta di direttiva, anche in questo caso era previsto che l'autorizzazione potesse *«comprendere obblighi di servizio pubblico relativi a sicurezza, regolarità, continuità, qualità, prezzo e condizioni alle quali il servizio può essere fornito»*

Il co. 4, nell'evidenziare come i criteri testé menzionati dovessero essere resi pubblici, ed i prestatori di servizi portuali essere informati in anticipo in merito alla procedura da seguire per ottenere l'autorizzazione, aggiungeva

entro sei mesi dalla data in cui ha avuto luogo la limitazione. Gli Stati membri adottano le opportune disposizioni affinché un prestatore di servizi esistente che non venga selezionato per effetto dell'applicazione del presente articolo riceve dal prestatore che risulta selezionato una compensazione a fronte degli investimenti che ha effettuato in precedenza, che non sono ancora totalmente ammortizzati, e che il nuovo prestatore rileva, tenuto conto dell'equilibrio economico globale del servizio prestato durante il periodo precedente, sulla base di criteri chiari e prestabiliti.

3. Le autorizzazioni esistenti, compresi i diritti derivanti dalla proprietà di un porto o in un porto, possono conservare la loro validità senza modificazioni dopo la data di cui all'articolo 7, paragrafo 1. In tal caso possono non applicarsi le disposizioni dell'articolo 12. Tuttavia, qualora dopo la data di cui all'articolo 7, paragrafo 1, abbiano luogo limitazioni per uno o più servizi portuali, le autorizzazioni per questi servizi in vigore al momento in cui hanno luogo tali limitazioni, ivi compresi i diritti derivanti dalla proprietà di un porto o in un porto, conservano la loro validità senza modificazioni fino alla loro scadenza, ma comunque entro i termini stabiliti dall'articolo 12, decorrenti dalla data indicata all'articolo 7, paragrafo 1».

²⁴ E. VAN HOOYDONK, *The European Port Services Directive: The Good or The Last Try ?*, in *Il diritto marittimo*, 2006, 191.

espressamente che *«quest'obbligo si applica anche se l'autorizzazione correla la prestazione del servizio alla realizzazione di un investimento in beni immobili»*.

Infine, il co. 6 consentiva ai prestatori di servizi di impiegare personale di propria scelta, purché nel rispetto dei suindicati criteri, mentre il co. 7 specificava che ove non fossero stati rispettati i criteri in questione o la legge sociale dello Stato in cui si sarebbe svolta la procedura ciò avrebbe comportato la modifica o revoca dell'autorizzazione da parte dell'autorità competente.

L'art. 8 disciplinava le procedure di rilascio delle autorizzazioni.

In particolare, tale disposizione prevedeva che l'autorità competente dovesse adottare i provvedimenti necessari per istituire un procedimento di selezione trasparente ed obiettivo, nell'osservanza di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori e pertinenti, rendendo pubblico un invito alle parti interessate a partecipare alla selezione.

La pubblicazione doveva avvenire nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, mentre l'autorità doveva provvedere a trasmettere alle parti interessate che ne facevano richiesta una documentazione comprendente almeno i seguenti elementi:

a) i criteri di autorizzazione (ex art. 7 della direttiva), nonché i criteri di selezione che definivano le prescrizioni minime dell'autorità;

b) i criteri di affidamento che definiscono i motivi in base ai quali l'autorità avrebbe selezionato le proposte;

c) le condizioni normative e organizzative per la prestazione del servizio, compresi gli obblighi contemplati dall'autorizzazione e che indicavano i beni materiali e immateriali messi a disposizione del prestatore di servizi prescelto insieme alle modalità e alle disposizioni applicabili;

d) le penali e le modalità di risoluzione in caso di inosservanza delle condizioni contrattuali;

e) il periodo di validità dell'autorizzazione.

Il comma 6 prevedeva inoltre che, ad esito alla procedura di selezione per il rilascio dell'autorizzazione, qualora non fosse stato possibile individuare alcun prestatore di servizi idoneo a svolgere un servizio portuale specifico, l'ente di gestione del porto potesse riservarsi la fornitura di tale servizio per un periodo non superiore a cinque anni, al termine del quale doveva essere avviata una nuova procedura per il rilascio di un'autorizzazione, pur ciò comportando una limitazione nell'attività generale della stessa autorità²⁵.

²⁵ Il comma 7 dell'art. 8 prevedeva cioè che *«qualora l'autorità competente che esperisce la procedura di selezione per uno o più servizi portuali in un determinato porto sia essa stessa prestatrice di un servizio identico o analogo in tale porto, o desideri diventarlo, ovvero abbia il controllo diretto o indiretto su un prestatore effettivo o potenziale di un servizio identico o analogo nello stesso porto, gli Stati membri interessati designano un'autorità competente diversa e indipendente e le affidano la procedura di selezione o l'approvazione o il controllo di tale procedura»*.

L'art. 9 si proponeva di regolare il problema, anch'esso già affrontato nel precedente testo di direttiva, dell'eventuale necessità di prevedere una limitazione del numero dei prestatori di servizi, stabilendo che, in tal caso, le competenti autorità dovessero:

a) informare le parti interessate della categoria o delle categorie di servizi portuali e, se del caso, della parte specifica del porto ai quali si applicano le restrizioni, specificandone i motivi;

b) autorizzare il numero più elevato possibile di prestatori di servizi, tenuto conto delle circostanze.

Il co. 2 stabiliva altresì che l'autorità competente potesse *«determinare la gamma delle attività commerciali che devono essere effettuate nel porto o in aree del porto, in particolare le categorie di merci da movimentare, e l'attribuzione dello spazio o della capacità del porto destinati a tali attività, in conformità della politica di sviluppo del porto resa pubblica, senza che ciò costituisca una limitazione del numero di prestatori»*.

I presupposti per introdurre una siffatta limitazione, ai sensi dell'art. 3 della direttiva, erano rimasti invariati rispetto alla precedente disciplina del 2001.

L'art. 11 cercava di armonizzare l'ipotesi in cui il prestatore dei servizi portuali si limitasse ad esercitare le proprie attività con quella in cui quest'ultimo realizzasse le strutture necessarie ad ospitare tali attività, prevedendo, in particolare che qualora *«la decisione di costruire un nuovo porto o una nuova parte di un porto dipenda dalla decisione parallela di un futuro prestatore di servizi di impegnarsi irrevocabilmente a realizzare investimenti rilevanti in questo nuovo porto o nuova parte di un porto, comprese le sue infrastrutture di base, le autorizzazioni devono essere rilasciate per un periodo limitato a norma dell'articolo 12, senza che al futuro prestatore di servizi siano imposti ulteriori obblighi»*.

L'art. 12 regolava invece il regime di durata delle autorizzazioni, introducendo modifiche sostanziali alla precedente proposta, cioè:

- fissando la durata massima dell'autorizzazione in otto anni qualora non fosse stato effettuato alcun investimento considerato significativo ai fini della prestazione dei servizi;
- qualora fossero stati effettuati investimenti considerati significativi in:

a) beni mobili, nel qual caso la durata massima del periodo era previsto in dodici anni;

Ed il comma 3 dell'art. 8 aggiungeva che *«qualora l'autorità competente che decide le limitazioni in relazione a uno o più servizi portuali in un porto specifico sia essa stessa prestatrice di un servizio identico o di un servizio o servizi analoghi in tale porto o abbia il controllo diretto o indiretto su un prestatore di un servizio identico o di un servizio o servizi analoghi in tale porto, gli Stati membri designano un'autorità competente diversa e indipendente e le affidano la decisione sulle limitazioni o l'approvazione o il controllo di detta decisione»*.

b) beni immobili e beni mobili di capitale comparabili, in relazione ai quali la durata massima era prevista in trenta anni, indipendentemente dal fatto che la loro proprietà fosse stata o meno trasferita all'ente di gestione del porto, ma se gli investimenti effettuati dal prestatore di servizi avessero inclusi beni sia mobili che immobili, la durata massima del periodo sarebbe stata più lunga dei periodi massimi considerati. Inoltre, norma disponeva che le autorità potessero avviare una nuova procedura di selezione, ex art. 8 della direttiva, prima del termine di scadenza dell'autorizzazione, al fine di ammortizzare gli investimenti svolti dall'operatore negli ultimi 10 anni di durata dell'autorizzazione, laddove egli avesse dimostrato che *«tali investimenti comportano un miglioramento dell'efficienza globale del servizio in questione»*.

Infine, l'art. 13 della proposta di direttiva regolava il regime di autoproduzione dei servizi portuali, prevedendo che essa potesse essere rifiutata *«per una o più categorie di servizi portuali solo quanto esistano ragioni obiettive o vincoli relativi allo spazio o alla capacità disponibili, o per motivi di sicurezza o per motivi imposti dall'osservanza di requisiti ambientali»*²⁶.

3. Il rigetto della proposta di direttiva europea del 2004 e la Comunicazione della Commissione del 2007.

I principi che ispiravano il nuovo testo di direttiva erano gli stessi che avevano animato il dibattito nel 2001.

Tale approccio, ad avviso della Commissione, era giustificato dal fatto che, nel corso dell'iter inter-istituzionale cui era stata sottoposta la precedente proposta di direttiva, la prospettiva di base non era mai stata sostanzialmente modificata, con il risultato che *«the general framework of the previous draft – which most interested parties eventually supported – was thus left in place»*²⁷.

Così facendo, tuttavia, mentre alcune lacune che erano state rinvenute nel testo precedente erano da ritenersi superate²⁸, nell'adozione della proposta del 2004 rimanevano altri sostanziali difetti che erano già stati rilevati nel testo finale del 2003.

In particolare, la Commissione Europea non sembrava aver ancora chiarito il reale fondamento su cui si basava l'esigenza di introdurre una direttiva europea in materia portuale: nessuna delle considerazioni svolte in

²⁶ Le altre disposizioni regolavano altri aspetti della gestione dei porti, quali la disciplina del servizio di pilotaggio (art. 14), il regime del contenzioso (art. 15), il regime di finanziamento pubblico dei porti (art. 17), etc..

²⁷ E. VAN HOOYDONK, *The European Port Services Directive: The Good or The Last Try ?*, cit., 202.

²⁸ ID, 203.

tal senso dalla Commissione non appariva, infatti, persuadere della necessità che il mercato portuale necessitasse effettivamente di una più stringente disciplina europea. Né, del resto, pareva una valida ragione per imporre una disciplina di liberalizzazione dei servizi in questione il fatto che nei diversi porti europei vigessero sistemi di organizzazioni differenti, posto che, viceversa, tale circostanza induceva a ritenere controproducente un'armonizzazione della disciplina europea, non tenendo questa sufficientemente in considerazione le ragioni che supportavano le diverse realtà locali²⁹.

La dottrina criticava altresì taluni “aspetti tecnici” nel nuovo testo di direttiva che risultavano profondamente insoddisfacenti.

In particolare, si rilevava che la proposta di direttiva era diretta a regolare solo i porti «*aperti al traffico marittimo commerciale generale*», il che però escludeva dal corrispondente ambito di applicazione della disciplina, quei sistemi portuali «*consisting only of dedicated terminals*»³⁰, che, per l'appunto, sono riservati esclusivamente ad una o più specifiche imprese portuali. Con ciò escludendo dalla direttiva un aspetto molto rilevante delle infrastrutture portuali.

Inoltre, si esprimevano notevoli perplessità sul concetto di “limitazione del numero di prestatori dei servizi portuali”, già enunciato nella proposta del 2001 e ripreso nel 2004.

Nella definizione contenuta in quest'ultima proposta di direttiva, esso consisteva nella «*situazione in cui l'autorità competente non consente a un prestatore di servizi che soddisfa i criteri per l'autorizzazione di cui all'articolo 7 di prestare una o più categorie di servizi. Tale limitazione può aver luogo unicamente per motivi dovuti a vincoli di spazio o capacità disponibili, per motivi di sicurezza o in ottemperanza a prescrizioni della normativa ambientale*». Tale previsione prestava però il fianco ad alcuni rilievi:

a) innanzitutto, non si comprendeva se la decisione, adottata da parte dell'autorità competente, di limitare l'accesso al mercato dei servizi portuali potesse essere presa “in astratto”, oppure a seguito di un'esplicita richiesta di un operatore;

b) in secondo luogo, la suindicata definizione poneva il dubbio se fosse opportuno consentire esclusivamente alle sole autorità di limitare l'accesso agli operatori che si presentavano “per primi” escludendo così di fatto quelli che, pur presentando un'offerta migliore, si presentavano in un secondo momento;

c) in terzo luogo, ciò avrebbe consentito alle autorità di eludere senza particolari difficoltà i criteri di selezione degli operatori, ponendo a base delle procedure di selezione, siti commercialmente non attraenti nei

²⁹ ID., 205.

³⁰ ID., 207.

confronti dei potenziali interessati;

d) infine, ove si fosse ritenuto che la limitazione sorgerà a seguito dell'espressa richiesta proveniente da un operatore, sarebbe stato agevole per un'autorità che non voleva consentire a tale soggetto l'accesso al proprio mercato dei servizi portuali, rigettare proprio sulla base di tale ragione la richiesta avanzata³¹.

Ad ogni modo, la proposta di direttiva non riuscendo ad essere condivisa, veniva definitivamente ritirata nel marzo 2006³².

Al termine di numerose ed ampie consultazioni con le parti interessate (ed in particolare con i numerosi *stakeholders*, rappresentanti del mondo accademico etc.)³³, il 18 ottobre 2007, la Commissione Europea adottava la "Comunicazione su una politica europea dei porti", avente «per oggetto un sistema portuale efficiente per l'UE, capace di fare fronte alle sfide future delle necessità dell'UE in materia di trasporto; definisce un piano d'azione per la Commissione europea».

L'utilizzo dello strumento della "Comunicazione" evidenzia il diverso approccio di base che la Commissione ha ritenuto adottare nel regolare il settore portuale: da una prospettiva di "hard law", sottesa alle proposte di direttiva in precedenza adottate, si passa cioè ad un approccio di "soft law", nel quale vengono esaminati i problemi centrali del settore fornendo le indicazioni opportune per conciliare le esigenze delle attività portuali ai principi generali di diritto europeo.

Per ciò che maggiormente rileva ai nostri fini, rispetto alle precedenti proposte di direttiva del 2001 e del 2004, la Commissione Europea non si sofferma più sull'esigenza che le attività prestate dagli operatori portuali debbano essere soggette ad una preventiva autorizzazione rilasciata dalle autorità competenti.

Essa rileva, piuttosto, che «nella maggior parte dei casi, l'accesso all'area portuale sulla terraferma è una condizione preliminare per la prestazione di servizi di movimentazione di merci. Questi servizi possono essere fondati su diversi dispositivi giuridici. Possono essere forniti direttamente dalle autorità portuali o da terzi, quali concessionari. Non esiste attualmente alcuna normativa comunitaria derivata relativa alle concessioni dei servizi nel settore portuale e delle altre installazioni di terminali».

E dopo aver evidenziato le affinità tra le concessioni portuali e le

³¹ Del tutto sinteticamente, sono queste le considerazioni espresse in proposito da E. VAN HOOYDONK, *The European Port Services Directive: The Good or The Last Try ?*, cit., 209. ss.

³² M. VERNOLA, *Direttiva servizi portuali: motivi di un naufragio*, in *Il diritto marittimo*, 2006, 778 ss (v. soprattutto, 787 e 792).

³³ P. VERHOEVEN, *European port policy: meeting contemporary governance challenges*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 31:1, 79.

concessioni di servizi, ai fini dell'applicazione dei principi europei, la Commissione specifica altresì che *«per quanto riguarda la durata delle concessioni, la comunicazione summenzionata sottolinea che tale durata deve essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza più di quanto sia necessario per ammortizzare gli investimenti e remunerare i capitali investiti in misura ragionevole pur mantenendo sul concessionario il rischio derivante dalla gestione. Va, invece, sottolineato che quando una concessione giunge a scadenza, il suo rinnovo è assimilabile a una nuova concessione e, pertanto, è soggetta ai principi sopra enunciati. La Commissione ritiene che le disposizioni che possono essere introdotte negli accordi di concessione al fine di garantire il rispetto dei termini della concessione e proteggere gli interessi legittimi dei porti e delle comunità locali, in particolare per quanto riguarda la prestazione e la qualità globali dei servizi portuali, sono accettabili, sempre che non violino le norme del trattato o alla normativa comunitaria».*

4. Il nuovo approccio della Commissione Europea al settore portuale.

Con l'adozione della suindicata Comunicazione, il ruolo centrale nella regolazione delle attività portuali viene dunque attribuito non più allo strumento dell'autorizzazione allo svolgimento delle operazioni portuali, bensì a quello della concessione di servizi nel settore portuale.

Ciò che più rileva è, tuttavia, il fatto che, a differenza dell'approccio sotteso alle precedenti proposte di direttiva, la Commissione ha ritenuto che il punto centrale della disciplina non si trovi tanto nelle operazioni portuali, considerate quali attività commerciali private, bensì nell'uso delle aree portuali che sono la premessa indispensabile per lo svolgimento delle suddette attività.

La regolazione all'accesso nel settore portuale è cioè necessaria non perché quest'ultimo si configuri, astrattamente, quale "mercato di servizi portuali", ma in quanto esso si articola su aree la cui disponibilità è naturalmente limitata.

In tale prospettiva, è stato, infatti, rilevato che *«the key element is not the actual cargo handling itself which (...) is a normal commercial service, but the fact that access to port land is a precondition for providing this service. The granting of the use of a piece of of port land would thus be a measure through which the port authority disposes of a public good of which the availability is limited and which allows the performance of the commercial cargo handling activity which would not be possible without the availability of this public good. Only if the port and its real estate would be fully financed by private means an exemption from the rules governing service*

concessions would seem to be feasible»³⁴.

Inoltre, ove esaminata nella prospettiva dei soggetti competenti all'amministrazione dei porti, la Comunicazione del 2007, chiarisce taluni ulteriori elementi essenziali³⁵:

1) che l'imposizione di regole di trasparenza non impedisce alle autorità portuali dei Paesi membri di determinare criteri di selezione dei concessionari che riflettono la strategia commerciale e la politica di sviluppo di un determinato porto, cioè;

2), che la durata delle concessioni deve essere determinata in modo tale da non restringere la concorrenza ma, nel contempo, deve altresì consentire al concessionario, che si assume il rischio della gestione del terminal ad esso attribuito in concessione, di far fruttare l'investimento previsto;

3) che sono ammesse previsioni all'interno delle concessioni che siano dirette a proteggere gli interessi dei porti e delle corrispondenti comunità locali in cui essi sorgono, in particolare con riguardo all'aspetto della qualità dei servizi portuali svolti;

4) che debba essere prestata particolare attenzione al fine di salvaguardare i diritti dei lavoratori nell'ipotesi di cessione dell'attività svolta da un'impresa portuale a seguito dello svolgimento di una determinata procedura di gara.

L'importanza di questa evoluzione nell'approccio alla regolazione è sensibile e si ritrova nei successivi atti delle Istituzioni Europee: basti in tal senso pensare alla *“Risoluzione del Parlamento Europeo del 4 settembre 2008 su una politica europea dei porti”*, nella quale si riferisce testualmente che il Parlamento *«prende atto, in particolare, dell'analisi fatta dalla Commissione sulle concessioni portuali e invita la Commissione a tener conto dell'importanza che un certo grado di flessibilità in questo ambito riveste per le autorità portuali, segnatamente per quanto riguarda il rinnovo delle concessioni legate a grandi investimenti, ma è dell'avviso che tale flessibilità non debba essere usata per impedire la concorrenza all'interno dei porti»* (v. considerando 42).

Il mutato approccio della Commissione nei confronti della regolazione del settore portuale è presumibilmente il risultato di molteplici fattori, tra cui è possibile, principalmente, indicare:

a) l'introduzione dal 2004 di una specifica disciplina europea diretta a regolare le procedure di selezione dei soggetti in tema di appalti e concessioni di lavori con l'approvazione delle note direttive nn. 2004/17/CE

³⁴ T. NOTTEBOOM – P. VERHOEVEN, *The awarding of seaport terminals to private operators: European practices and policy implications*, cit., 85. In questi termini, v. anche T. NOTTEBOOM – P. VERHOEVEN – M. FONTANET, *Current practices in European ports on the awarding of seaport terminals to private operators: toward an industry good practice guice*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 39:1, 116.

³⁵ ID., 86.

e 2004/18/CE;

b) l'approvazione della direttiva 123/06/CE (cd. "Direttiva Bolkenstein")³⁶;

c) l'adozione del "*Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni di ulteriori misure in tema di trasporti*" del 30 aprile 2004³⁷ e del "*Libro Verde sui servizi di interesse generale*" del 21 maggio 2003³⁸ e la successiva *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 12 maggio 2004, intitolata «Libro bianco sui servizi d'interesse generali»* del 12 maggio 2004³⁹, nonché di ulteriori interventi normativi con particolare riguardo alle discipline dei trasporti ed ambientali;

d) i numerosi interventi della Corte Europea in tema di concessioni di lavori e di servizi pubblici⁴⁰;

e) un esame più attento delle realtà portuali esistenti nei diversi Paesi europei, condotto avvalendosi della partecipazione e collaborazione di numerosi *stakeholders*.

Alla luce della Comunicazione adottata nel 2007 dalla Commissione Europea è necessario interrogarsi su quali possano essere gli eventuali scenari futuri.

³⁶ La quale, all'art. 12, ha previsto che «*qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami*».

Proprio in relazione all'interpretazione da fornire a tale disposizione, Cons. St., Sez. VI, 27 dicembre 2012 n. 6682 ha rilevato che quest'ultima «*nel suo complesso, non presenta i caratteri della direttiva dettagliata e particolareggiata e, dunque, self-executing. In tale situazione, la specifica quantificazione della durata dell'autorizzazione spetta al legislatore nazionale e, dunque, non può parlarsi di immediata operatività della disposizione comunitaria, occorrendo il necessario recepimento, attraverso disciplina concreta e specifica, da parte dello Stato membro*» (così, v. anche Tar Campania - Salerno, 27 settembre 2011, n. 1586).

³⁷ COM (2004) 327.

³⁸ COM (2003) 270.

³⁹ COM(2004) 374.

⁴⁰ La stessa Comunicazione del 2007 cita al riguardo le "storiche" sentenze della Corte del 7 dicembre 2000 nell'affare C-324/98 Telaustria, punti 60 e 62, e del 13 ottobre 2005 nell'affare C-458/03 Parking Brixen, punto 49. Tra gli interventi più recenti decisioni in tema di concessioni, in particolare, si considerino: Cause riunite C-72/10 e C-77/10 Costa; Causa C 348/10 - SIA Norma-A; Causa C- 274/09 Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler; Causa C 64/08 - Ernst Engelmann; Causa C- 451/08 Helmut Müller.

A riguardo, la dottrina ha rilevato come risultino tuttora irrisolte talune questioni centrali.

In primo luogo, è stato sostenuto che, a differenza delle precedenti proposte di direttiva, la Comunicazione *«does not foresee transitional rules for existing agreements since it is not introducing new legislation but simply giving an overview of principles based on the fundamental rules of the Treaty. It is however common knowledge that many existing terminal contracts in European ports were not granted on the basis of the transparency obligation required by the Commission. This leaves a great deal of uncertainty as regards existing agreements»*.

In secondo luogo, si può altresì ritenere che *«the interpretative guidance of the Commission may not be sufficient to empower the position of port authorities and ensure a level playing field among them that would match the bargaining power of terminal operators or would resist the political influence that is often exercised in the granting of terminal agreements»*.

D'altra parte, si riscontrano due situazioni, attualmente ancora in fase di evoluzione, che potrebbero segnare un'ulteriore svolta nella regolazione dei problemi del settore portuale: (a) nel corso dell'anno 2011, la Commissione ha annunciato la predisposizione di un testo di "direttiva orizzontale" sulle concessioni di servizi⁴¹; (b) nel 2008, la *European Sea Port Organisation (ESPO)*, cioè l'associazione che raccoglie le autorità portuali europee, ha commissionato la predisposizione di un sondaggio diretto ad esaminare la prassi corrente dei porti soprattutto con riguardo alle procedure di aggiudicazione dei terminal portuali, che potrebbe costituire la base per una prossima regolazione di matrice europea⁴².

Proprio sotto quest'ultimo profilo, è necessario rilevare che nel corso del mese di settembre 2011, la Commissione ha comunicato la propria intenzione di rivedere la politica europea in materia portuale, da ultimo stabilita con la testé richiamata Comunicazione del 2007, tanto da preannunciare per l'anno 2013, terminata la fase di consultazione con i soggetti interessati, la possibilità di adottare una nuova proposta di direttiva⁴³.

⁴¹ Sul quale v. più avanti nel testo.

⁴² Si tratta del cd. *L'ITMMA Survey The awarding of seaport terminals in Europe 2008*, che verrà anch'esso esaminato di seguito.

⁴³ Cfr. Comunicato Stampa della Commissione Europea dal titolo "*Transport: European Commission to bring forward new package of measures for ports in 2013*", nel quale si legge, in particolare, che il vicepresidente della Commissione, Siim Kallas, in occasione della visita nel Porto di Rotterdam dell'8 settembre 2011, ha annunciato *«his intention to bring forward in 2013 package of proposals to help ports remain competitive and support the huge potential for growth in the port sector. The Vice President underlined his intention to bring forward measures: to support the reduction of the administrative burden in ports; proposals to improve the transparency of port financing; as well as proposals for measures on port services. EU Transport Commissioner Siim Kallas commended the Port of Rotterdam for its leadership, high performance and its capacity to adapt to change.*

5. *Le forme di coordinamento tra i porti europei: l'esperienza dell'“European Sea Port Organisation” (ESPO) e del “Federation of European Private Port Operators” (FEPOR).*

Un fattore che ha contribuito in modo sensibile al mutamento della politica europea nel settore portuale è costituito dal ruolo svolto da taluni organismi privati che negli ultimi anni sono divenuti interlocutori imprescindibili della Commissione.

Tra questi, val la pena ricordare, in particolare, la “*Federation of European Private Port Operators*” (FEPOR), organizzazione creata il 13 gennaio 1993 per rappresentare, a livello europeo, gli interessi degli operatori portuali, che conta tra i suoi membri le associazioni nazionali e regionali dei Paesi Europei, dell'EFTA nonché direttamente molti tra i principali *terminal operators* europei.

E, soprattutto, la *European Sea Port Organisation (ESPO)* la cui origine risale in realtà al 1974⁴⁴, allorché la Commissione Europea costituì un Gruppo di lavoro formato dalle Autorità portuali dei maggiori porti europei, pur essendo stata formalmente creata nello stesso anno di costituzione del FEPOR⁴⁵.

However he underlined, the major challenges facing hundreds of seaports across Europe and the need to create the right regulatory conditions to allow ports to thrive».

Inoltre, il Comunicato evidenzia che «*for ports, the aim is to ensure the smooth functioning of the market for the provision of port services and to create the conditions for ensuring that in 2020-2030 the European Transport Network can cope with the expected growth in demand. Since the economic situation has changed dramatically, there is also need to reevaluate the soft law measures approach. Ports are the main entry points of the network and can significantly contribute to reducing CO2 transport-related emissions. They have untapped potential for creating jobs and boosting the economy. The Port of Rotterdam is Europe's biggest port and the fourth largest in the world with an annual throughput of 430 million tonnes of cargo. Rotterdam is not only a transit port; it is also a vast industrial complex that contributes to economic growth and generates jobs for more than 86,000 people in the port and port-related industries».*

⁴⁴ P. VERHOEVEN, *European port policy: meeting contemporary governance challenges*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 31:1, 84

⁴⁵ Vanno inoltre ricordate le seguenti associazioni, che sono oltretutto state ascoltate dalla Commissione Europea in vista dell'adozione della Comunicazione del 2007: European Association for Forwarding, Transport, Logistic and Customs Services (CLECAT), European Community Shipowners' Association (ECSA), European Community Association of Ship Brokers and Agents (ECASBA) [Associazione Europea degli Agenti Marittimi], European Shippers' Council (ESC) [Consiglio Europeo degli Spedizionieri], Association of European Chambers of Commerce and Industry (EUROCHAMBRES) [Associazione delle Camere di Commercio europee], European Maritime Pilots' Association (EMPA) [Associazione europea dei piloti marittimi], European Boatmen's Association (EBA) [Associazione europea della nautica da diporto], European Tugowners Association (ETA), European Transport Workers' Federation (ETF) [Federazione europea dei lavoratori dei trasporti], International Docker's Council (IDC) [Organizzazione mondiale dei lavoratori portuali], European Federation of Inland Ports (EFIP) [Federazione europea dei porti

L'ESPO, che si definisce come «*an independent lobby for seaport interests*», raccoglie tutte le Autorità portuali dei Paesi Europei di cui rappresenta gli interessi a livello europeo. Tale organizzazione, che aveva svolto un ruolo significativo già nel corso degli anni novanta del secolo scorso mediante soprattutto talune interessanti pubblicazioni, tra le quali l'*Environmental Code of Practice* nel 1994, ha assunto, soprattutto negli ultimi anni (ed in particolare in occasione della discussione delle testé menzionate proposte di direttive sull'accesso al mercato dei servizi portuali), il ruolo di principale interlocutore della Commissione Europea in materia portuale⁴⁶.

Tra gli studi pubblicati dall'ESPO, di particolare rilevanza sono soprattutto, per quanto riguarda la nostra ricerca, l' "*ITMMA Survey The awarding of seaport terminals in Europe 2008*"⁴⁷, consistente in un'approfondita ricerca condotta nel 2008 mediante la consultazione delle Autorità portuali nei diversi Paesi europei e relativa alla gestione delle concessioni portuali e l' "*ESPO Fact-founding report 2010*", uno studio avente ad oggetto, in particolare, l'organizzazione delle Autorità portuali in Europa e le modalità mediante le quali queste Autorità sono coinvolte nello svolgimento dei servizi portuali.

In particolare, la ricerca svolta nel 2008 sulle modalità di assegnazione dei terminal nei porti europei è stata commissionata dall'ESPO all'ITMMA (cioè, l' "*Institute of Transport and Maritime Management Antwerp*") dell'Università di Anversa, in risposta alla Comunicazione della Commissione Europea dell'ottobre 2007⁴⁸.

Già nel *position paper* del 31 ottobre 2007 ESPO aveva dato il proprio supporto generale all'interpretazione esposta dalla Commissione con riguardo all'uso delle concessioni. In tale occasione, ESPO aveva altresì anticipato la volontà di esaminare le modalità con le quali le Autorità portuali europee gestiscono le procedure di aggiudicazione dei terminali, al fine di porre a base tali considerazione per futuri commenti ed eventuali ulteriori prossime iniziative.

Il "*Fact-founding report 2010*" è stato invece predisposto direttamente dall'ESPO mediante l'esame delle risposte provenienti dalle Autorità portuali dei Paesi membri.

interni], European Harbour Masters'committee (EHMC) [Comitato europeo dei capitani di porto], Federation of European Tank Storage Associations (FETSA) [Federazione Europea Costieristi Indipendenti], EUROGATE GmbH dco KgaA, KG e Federal Association of German Seaport Operators [Associazione federale degli operatori portuali tedeschi].

⁴⁶ E. VAN HOOYDONK, *Prospects after the rejection of the european port services directive*, cit., 861.

⁴⁷ Reperibile sul sito www.espo.be/.

⁴⁸ Per un commento analitico del *Survey*, v. T. NOTTEBOOM – P. VERHOEVEN, *The awarding of seaport terminals to private operators: European practices and policy implications*, cit., 86.

Entrambi i documenti assumono una rilevanza incontestabile ai fini della comprensione dello stato dei porti europei.

Essi, infatti, attengono a taluni dei principali argomenti sui quali si svolge il dibattito che anima il tentativo di riforma del sistema portuale intrapreso dalla Commissione sin dal 2007: cioè, la regolazione delle procedure di selezione degli operatori portuali, al fine di aggiudicarsi le concessioni, e la determinazione del migliore modello di *governance* da suggerire alle Autorità portuali europee.

Proprio alla luce delle ricerche testé menzionate, ESPO ha di recente predisposto un *toolbox*, diretto a recepirne le conclusioni ed a proseguire gli approfondimenti già svolti.

Il *toolbox*, specifica taluni aspetti esaminati nei precedenti *survey*: in particolare, con riguardo alla tipologia di procedure di aggiudicazione dei terminali portuali, ESPO chiarisce, nell'ambito delle *competitive procedures*⁴⁹, quale sia la differenza tra *competitive bidding* e *tender procedures*, rilevando che con la prima espressione si fa riferimento ad una procedura «*based on an open call for proposal. One or more preferred candidates are selected with whom negotiations may be further conducted. The winner is then chosen on the basis of a certain set of objective criteria and no further negotiations are conducted*»⁵⁰, mentre con l'espressione «*tender procedures*» si intende quella procedura che differisce dalle *competitive bidding* «*in the sense that all relevant contractual details are specified in advance. Tender procedures may not necessarily be as stringent as public tenders related to public procurement*»⁵¹.

Inoltre il *toolbox* esamina attentamente sia le diverse fasi possibili di aggiudicazione dei terminali, sia le clausole contrattuali che le parti possono includere nel testo dell'accordo diretto a regolare l'attività del terminalista sull'area portuale attribuita.

La predisposizione del *toolbox* è sintomatica dell'approccio adottato da

⁴⁹ Ossia, quella procedura «*transparent, open and non-discriminatory method in which bids from competing parties are invited by openly advertising the scope, specifications and terms and conditions of the proposed contract as well as the criteria by which the bids will be evaluated. Competitive procedures aim at obtaining a desired outcome by stimulating competition, and by preventing favouritism*».

⁵⁰ Ed a ciò soggiungendo che «*a competitive bidding process generally involves the following stages:*

- *public notification of the port authority's intent to award a terminal contract,*
- *a formal process for prequalifying potential bidders,*
- *distribution of bidding documents and related draft contracts to prequalified bidders,*
- *a formal process for presenting proposals, evaluating proposals, and selecting the winner*».

⁵¹ Per un approfondimento sul punto, si v. altresì, T. NOTTEBOOM – P. VERHOEVEN – M. FONTANET, *Current practices in European ports on the awarding of seaport terminals to private operators: toward an industry good practice guide*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 39:1, 107-123.

ESPO, che è da sempre caratterizzato da una continua ricerca ed approfondimento della realtà portuale, al fine, presumibilmente, di offrire alle Istituzioni Europee, ed in particolare alla Commissione, la base necessaria da cui partire nel caso in cui quest'ultima dovesse avviare una nuova iniziativa legislativa in materia.

6. I modelli di governance dei porti

L'esame della situazione dei porti deve necessariamente partire dalle modalità di amministrazione adottate.

In funzione di ciò, si modellano, infatti, pressoché tutti gli aspetti che contraddistinguono l'organizzazione dei porti, quali, a titolo esemplificativo, i soggetti coinvolti nella loro gestione, le forme di finanziamento prescelte, la tipologia di attività esercitate, le modalità attraverso le quali queste ultime vengono erogate e la gestione delle aree portuali.

L'esame delle modalità di gestione dei porti si configura perciò quale momento preliminare (ed essenziale) ai fini della comprensione delle scelte degli enti preposti alla gestione di un porto in merito all'uso cui destinare le aree portuali.

Sotto un profilo di più ampio respiro, tale argomento è stato, ad esempio, già oggetto di un approfondito studio anche da parte di F. Berlingeri che, negli anni ottanta del secolo scorso, aveva proposto, ai fini di un'inquadramento dei modelli di gestione dei porti, una classificazione basata su questi elementi: (a) orientamento "macroeconomico" e "microeconomico": a seconda che il porto avesse completa autonomia finanziaria o dipendesse invece dai fondi erogati dallo Stato di appartenenza o dall'ente pubblico proprietario del porto; (b) carattere autonomo o meno della gestione; (c) proprietà e gestione delle infrastrutture; (d) esercizio pubblico o privato dei servizi e delle operazioni portuali⁵².

Più recentemente, l'interesse della dottrina, ed in particolar modo di quella internazionale, è stato però stimolato dalla pubblicazione della ricerca elaborata in materia portuale dalla Banca Mondiale, con il contributo di diverse organizzazioni, enti ed associazioni del settore, dal titolo "*Port Reform Tool Kit*"⁵³.

Questo studio, condotto in modo decisamente approfondito dalla Banca Mondiale - Divisione Trasporti e giunto ormai alla seconda edizione, si pone un obiettivo di ordine sostanzialmente "pratico", essendo esso diretto

⁵² F. BERLINGERI, *Modelli di gestione portuale*, in *il diritto marittimo*, 1984, 399 ss.

⁵³ Il testo del Kit è agevolmente reperibile al seguente indirizzo:

<http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/index.html>.

Il *Port Reform Tool Kit* si basa a sua volta sul contributo scientifico propodotto da alcuni studiosi, si v. ad esempio, al riguardo L.TRUJILLO – G. NOMBELA, *Privatization and regulation of the seaport industry*, reperibile all'indirizzo:

<http://info.worldbank.org/etools/docs/library/64583/2181seaport.pdf>.

espressamente «*to provide policymakers and practitioners with effective decision support in undertaking sustainable and well-considered reforms of public institutions that provide, direct, and regulate port services in developing countries*».

In particolare, il *Port Reform Tool Kit* distingue le seguenti modalità di organizzazione dei porti:

a) Il primo modello è quello dei cd. “*Service Ports*”, essenzialmente pubblicistico.

Benché il modello in esame sia considerato ormai in declino, tanto che molti porti che avevano in passato adottato tale forma di gestione sono passati a quella del *Landlord*, esso è tuttora adottato in alcuni Paesi in via di sviluppo.

Secondo la ricostruzione operata nel *Port Reform Tool Kit*, questo modello si caratterizza per il fatto che l’Autorità portuale offre tutti i servizi richiesti per il funzionamento del sistema portuale. In particolare l’Autorità è proprietaria di tutte le infrastrutture, nonché gestore delle operazioni e dei servizi portuali.

Uno dei principali problemi di questo modello attiene al potenziale conflitto di interessi che interessa l’Autorità portuale. Nel *Port Reform Tool Kit* si evidenzia, infatti, che «*service ports are usually controlled by (or even part of) the ministry of transport (or communications) and the chairman (or director general) is a civil servant appointed by, or directly reporting to, the minister concerned. Among the main functions of a service port are cargo handling activities. In some developing country ports, the cargo handling activities are executed by a separate public entity, often referred to as the cargo handling company. Such public companies usually report to the same ministry as the port authority. To have public entities with different and sometimes conflicting interests reporting to the same ministry, and forced to cooperate in the same operational environment, constitutes a serious management challenge*».

b) Il secondo modello è quello dei cd. “*Tool Ports*”.

In particolare, questo si contraddistingue per il fatto che «*the port authority owns, develops, and maintains the port infrastructure as well as the superstructure, including cargo handling equipment such as quay cranes and forklift trucks. Port authority staff usually operates all equipment owned by the port authority. Other cargo handling on board vessels as well as on the apron and on the quay is usually carried out by private cargo handling firms contracted by the shipping agents or other principals licensed by the port authority*».

Le difficoltà principali che sono state riscontrate in relazione a questo modello attengono alla divisione delle responsabilità. In tal senso si è cioè

rilevato che «*whereas the port authority owns and operates the cargo handling equipment, the private cargo handling firm usually signs the cargo handling contract with the shipowner or cargo owner. The cargo handling firm however, is not able to fully control the cargo handling operations itself*».

Al fine di impedire l'insorgere di conflitti tra operatori portuali «*some port authorities allow operators to use their own equipment (at which point it is no longer a true tool port). The tool port has a number of similarities to the service port, both in terms of its public orientation and the way the port is financed*»⁵⁴.

c) Il terzo modello è quello cd. dei "Landlord Ports".

Questo modello è caratterizzato dalla partecipazione integrata di soggetti pubblici e privati.

In particolare, in tale modello, «*the port authority acts as regulatory body and as landlord, while port operations (especially cargo handling) are carried out by private companies. In the landlord port model, infrastructure is leased to private operating companies or to industries such as refineries, tank terminals, and chemical plants. The lease to be paid to the port authority is usually a fixed sum per square meter per year, typically indexed to some measure of inflation. The level of the lease amount is related to the initial preparation and construction costs (for example, land reclamation and quay wall construction). The private port operators provide and maintain their own superstructure including buildings (offices, sheds, warehouses, container freight stations, workshops). They also purchase and install their own equipment on the terminal grounds as required by their business. In landlord ports, dock labor is employed by private terminal operators, although in some ports part of the labor may be provided through*

⁵⁴ Si sottolinea inoltre che, in questo modello, «*the port authority makes land and superstructures available to cargo handling companies. In the past, these companies tended to be small, with few capital assets. Their costs were almost entirely variable. The cost of underuse of port facilities was usually absorbed by the port authority, which minimized risk for the cargo handling companies. Often, the provision of cargo handling services was atomized, companies were small with activity fragmented over many participants. The lack of capitalization of the cargo handling companies constituted a significant obstacle to the development of strong companies that could function efficiently in the port and be able to compete internationally. However, with the above in mind, a tool port does have its advantages, particularly when it is used as a means of transition to a landlord port. Using the tool port model as a catalyst for transition can be an attractive option in cases where the confidence of the private sector is not fully established and the investment risk is considered high. A tool port may mitigate this by reducing initial capital investment requirements. Another example could include a government looking to expedite port reform initiatives, but requires extensive amounts of time for legal statutes to be established. Laws and regulations for establishing a tool port may be less extensive since no state assets are being transferred to the private sector, and therefore make it an easier model to adopt in the first phase of reform*».

a portwide labor pool system».

Il modello di Landlord Ports è assolutamente dominante ed è, ad esempio, il modello previsto nella l. 84/94.

d) L'ultimo modello è quello cd. dei "Fully Privatized Ports".

Si tratta di un modello tendenzialmente rinvenibile nei porti anglosassoni e neozelandesi ed è considerato da taluni esperti «*as an extreme form of port reform*».

La sua adozione implica, infatti, che «*the state no longer has any meaningful involvement or public policy interest in the port sector. In fully privatized ports, port land is privately owned, unlike the situation in other port management models. This requires the transfer of ownership of such land from the public to the private sector*».

Peraltro, a ciò si aggiunge il fatto che «*along with the sale of port land to private interests, some governments may simultaneously transfer the regulatory functions to private successor companies. In the absence of a port regulator in the U.K., for example, privatized ports are essentially self-regulating. The risk in this type of arrangement is that port land can be sold or resold for nonport activities, thereby making it impossible to reclaim for its original maritime use. Moreover, there is also the possibility of land speculation, especially when port land is in or near a major city. Furthermore, sale of land to private ports may also sometimes raise a national security issue*».

I modelli di amministrazione dei porti, sopra indicati, comprendono le principali forme di organizzazione portuale esistenti.

Va peraltro evidenziato che nell'ambito dei modelli indicati gli enti competenti alla gestione dei porti svolgono funzioni diverse che sono più o meno vicine ai caratteri che contraddistinguono ciascuno dei modelli in questione: ad esempio, un porto che si configura quale *Landlord port* potrà abbinare alla funzione che caratterizza tale modello ulteriori funzioni che in realtà appartengono a modelli diversi.

Questo punto sarà chiarito ove si esaminerà *l'ESPO Fact-founding report 2010*.

Ad ogni modo, si è rilevato che, attualmente, il modello più diffuso è il Landlord port: la ragione di tale predominanza è sostanzialmente dovuta al fatto che tale modello consente l'attiva e dinamica partecipazione all'attività portuale e, soprattutto, all'infrastrutturazione dei porti da parte dei soggetti privati, pur non escludendo le amministrazioni dal controllo di tali attività e, al contempo, consentendo loro di mantenere la proprietà delle aree portuali occupate dai privati.

Si vedrà in seguito che le concessioni portuali sono lo strumento operativo privilegiato proprio di tale modello.

7. L'ESPO Fact-founding report 2010: oltre il modello del Landlord port.

7.1. Nel mese di aprile 2011, ESPO ha pubblicato il “*Report of an Enquiry into the Current Governance of European Seaports 2010*”, meglio conosciuto come “*Fact-founding report*”⁵⁵.

Il Report, giunto ormai alla quinta edizione (la prima, risalente al 1977, era stata predisposta dal Port Working Group costituito dalla Commissione Europea), è il risultato dello studio della situazione dei porti europei condotta da ESPO attraverso un analitico sondaggio tra 116 porti di 26 Paesi. Esso può essere ripartito in quattro parti: (a) la prima fornisce essenzialmente un quadro schematico della situazione dei porti, dei modelli organizzativi esistenti e dei risultati del sondaggio; (b) la seconda parte delinea le funzioni e le finalità che le singole autorità portuali si sono prefissate; (c) la terza parte attiene all'organizzazione degli enti portuali; (4) l'ultima parte riguarda invece l'aspetto finanziario (e fiscale) delle attività delle autorità.

È opportuno riportare brevemente il risultato delle ricerche portate avanti da ESPO.

(a) La prima parte del Report si concentra soprattutto sulle modalità con le quali è stata condotta la ricerca, introducendo i modelli su cui essa si è basata.

In via preliminare ESPO:

- chiarisce che il sondaggio distingue le autorità portuali in cinque gruppi, in funzione delle rispettive seguenti aree geografiche di riferimento, cioè: «*'Hanse' (Iceland, Norway, Finland, Sweden, Denmark, Germany, Netherlands and Belgium), 'New Hanse' (Estonia, Latvia, Lithuania and Poland), 'Anglo-Saxon' (UK and Ireland), 'Latin' (France, Portugal, Spain, Malta, Italy, Greece, Cyprus and Israel) and 'New Latin' (Slovenia, Croatia, Romania and Bulgaria)*»;

- rileva che le funzioni che contraddistinguono le Autorità portuali dei Paesi europei consistono nelle “*landlord, regulator and operator functions*”, sottolineando che comunque «*the landlord function can be considered as the principal function of contemporary port authorities*»⁵⁶;

⁵⁵ Il testo del Report 2010 di ESPO è facilmente reperibile all'indirizzo: http://www.espo.be/images/stories/Publications/studies_reports_surveys/espofactfindingreport2010.pdf.

⁵⁶ A ciò aggiungendo che questa funzione «*is subject to different forms of pressure, i.e. competitive pressure to invest in infrastructure, financial pressure to make these investments possible and competition for land-use. Land is indeed a crucial element in this respect, but only about half of the responding port authorities actually own the port land they manage. Port authorities are generally not able to sell port land, unless with restrictions. The landlord function therefore translates itself essentially in the ability to contract land to third parties, which most port authorities are able to do and which forms*

- evidenzia altresì come, oltre a queste tre funzioni, sia necessario considerare l'ulteriore funzione "più recente", denominata "community manager", la quale sarebbe «*intrinsically linked to the changing nature of port communities and stakeholders. Through the community manager function the port authority essentially advances and maintains good relationships between all economic and societal stakeholders*».

In seguito, ESPO si sofferma nell'esame della stessa nozione di "Autorità portuale" richiamando la definizione contenuta nella proposta di direttiva del 2001⁵⁷ ed evidenziando come sia in quest'ultima proposta, sia nella nozione più diffusa nella prassi, si ponga in evidenza soprattutto «*the landlord and regulatory function*».

Inoltre, sul piano metodologico, si rileva che combinando le suindicate funzioni con la loro dimensione geografica, sia possibile enucleare tre tipologie di modello basilari di Autorità - cioè «*the 'conservator', the 'facilitator' and the 'entrepreneur'*» - distinte in funzione dell'approccio che esse hanno rispetto alle funzioni sopra indicate⁵⁸.

(b) La seconda parte del Report esamina gli obiettivi ed i profili funzionali delle Autorità portuali.

Come accennato, ESPO distingue tra quattro tipologie di funzioni: "the landlord function", "the regulator function", "the operator function" e "the community manager function".

1) In particolare, la prima funzione «*consists of a number of common elements, i.e. the management, maintenance and development of the port estate, the provision of infrastructure and facilities as well as the conception*

the most important governance tool they have at their disposal». E con ciò sottolineando il ruolo determinante della concessione portuale nella politica portuale delle autorità che si avvalgono di tale modello.

⁵⁷ Secondo cui doveva intendersi come tale «*the entity which, whether or not in conjunction with other activities, has as its objective under national law or regulation the administration and management of the port infrastructures, and the co-ordination and control of the activities of the different operators present in the port*».

⁵⁸ Ed in particolare: 1) il «*conservator port authority concentrates on being a good housekeeper and essentially sticks to a passive and mechanistic implementation of the three traditional port authority functions at local level. Because of this low-profile attitude conservator port authorities may run the highest risk of being marginalised and even becoming extinct in the future*»; 2) il «*facilitator port authority profiles itself as a mediator and matchmaker between economic and societal interests, hence the well-developed community manager function. Facilitator port authorities also look beyond the port perimeter and try to engage in strategic regional partnerships. It is the type of port authority which so far seems to find most support in literature for the fine balance it represents*»; 3) l'«*entrepreneur port authority combines the main features of the facilitator with a more outspoken commercial attitude as investor, service provider and consultant on all three geographical levels. Because of this ambitious profile, it is also the type which runs the highest risk of running into problems caused by conflicts between the various functional levels*».

and implementation of policies and development strategies linked to the exploitation of the estate».

Benché essa rappresenti, come visto, la funzione principale che caratterizza le Autorità portuali, soprattutto le Autorità dell'area "latina" e quelle dell'area "neo-latina" hanno implementato tale funzione, impegnandosi altresì a sviluppare *«urban real estate management projects such as waterfront development»*, nonché 45,5% *«environmental land management such as management of nature conservation sites»*.

Si tratta sostanzialmente di attività che inducono a ritenere che sia stato compiuto un passo ulteriore rispetto alla tradizionale prospettiva che contraddistingue la funzione considerata.

2) La *“regulator function”* è una funzione sostanzialmente implicita nella stessa espressione di autorità portuale consistendo in *«a mixture of duties and responsibilities which can generally be referred to as controlling, surveillance and policing. These essentially relate to ensuring safety and security of ship and cargo operations within the port as well as enforcing applicable laws and regulations in these and other fields such as environmental protection»*.

3) La *“operator function”* tradizionalmente *«covers the provision of port services which can be broadly grouped as follows: the physical transfer of goods and passengers between sea and land, including transport services, technical-nautical services (pilotage, towage and mooring) and a range of other, ancillary, services»*.

Tale funzione misura l'ampiezza dei servizi portuali che possono essere prestati direttamente dalle autorità: in tal senso, la privatizzazione di gran parte dei servizi e delle operazioni portuali ha ridotto in modo sensibile a rilevanza di tale funzione.

4) Si è già visto che la *“community manager function”* *«is intrinsically linked to the changing nature of port communities and stakeholders and has both an economic and societal dimension»*. Essa, sostanzialmente, si configura alla stregua di una *«coordinating function meant to solve collective problems in and outside the port area, such as hinterland bottlenecks, training and education, ICT, marketing and promotion as well as innovation and internationalisation (economic dimension). It also aims to solve conflicts of interest in order to defend the 'license to operate' of the port (societal dimension)»*.

In relazione alle tipologie di modelli portuali sopra indicati, l'esame delle funzioni riscontrate nelle singole Autorità portuali conduce inoltre ESPO a ritenere che *«most port authorities participating in the survey converge towards the 'facilitator' type, with only few venturing into 'entrepreneurial' activities»*.

(c) La terza parte del Report è dedicata all'esame della struttura

istituzionale delle Autorità portuali, analizzando, in particolare, i seguenti aspetti: *«the ownership, the legal form and status as well as the organisational structure, including the role and composition of management and other governing bodies»*.

Quanto al regime proprietario, ESPO evidenzia come nell'ambito della Autorità portuali contattate, la maggior parte di esse sia di proprietà pubblica.

Nel dettaglio, si rileva, infatti, che *«the Hanseatic and Latin governance traditions of municipal and state influence are clearly confirmed (the 'other' category for Latin port authorities includes Italian port authorities which are de facto controlled by the state). Port authorities in Anglo-Saxon countries are either owned by the state (Irish ports), municipalities, financial suitors or take the form of trust ports (UK ports). State ownership dominates for port authorities in the new regions»*.

Particolari punti in comune tra le varie autorità si trovano invece esaminando la struttura manageriale, in relazione alla quale, tuttavia, si riscontrano diversi gradi di responsabilità in funzione del rapporto con l'ente proprietario.

(d) L'ultima parte del Report è rivolta alle capacità finanziarie delle autorità portuali.

In particolare, ESPO distingue le responsabilità finanziarie delle Autorità portuali in relazione a tre tipologie di investimento – cioè, *«capital investments, administration and operation and maintenance of the main capital assets that constitute a port»* – rilevando che:

I) un primo gruppo di investimenti *«concerns the maritime access to a port: dredging of access channels, lighthouses, buoys, etc., radar and other electronic aids to navigation, exterior breakwaters and sea locks giving access to the port area»*;

II) un secondo gruppo di investimenti *«is formed by what can be called terminal-related infrastructure: land reclamation for port works, docks, quays, jetties, including back-up land»*;

III) un terzo gruppo *«consists of superstructure: warehouses, sheds, other buildings, fixed cranes, mobile cranes and other cargo-handling equipment»*;

IV) un ultimo gruppo, infine, *«concerns transport infrastructure within the port area: railway, road, tunnels and bridges, canals and navigable waters, locks other than sea locks and pipelines»*;

V) un ultimo gruppo, infine, *«concerns transport infrastructure outside the port area (land access). Here hardly any port authority bears financial responsibility. In most cases it is government that does. For some element (railway infrastructure and especially pipelines) private operators are involved as well»*.

Dall'esame delle risposte pervenute dalle Autorità portuali risulta che in relazione alle tre tipologie di investimenti sopra indicate, tali enti sono chiamata ad assumersi presumibilmente le più importanti responsabilità finanziarie.

7.2. Le conclusioni svolte da ESPO ad esito del sondaggio attengono ai profili sin qui evidenziati⁵⁹.

Pur nei tratti comuni che contraddistinguono le situazioni delle diverse Autorità portuali esaminate, ciò che emerge è una differenza strutturale che discende, oltre che dalle singole aree geografiche di appartenenza, dalla dimensione di ciascun porto: tali aspetti infatti, incidono, sia sul modello di governance adottato, sia sull'aspetto finanziario, sia sulla gestione delle aree portuali. In quest'ultimo senso, ad esempio, ESPO ha riscontrato che i porti di medio-grande dimensione sono più propensi ad adottare procedure concorsuali per l'aggiudicazione dei terminal, rispetto ai porti di dimensioni più ridotte.

In via generale, si assiste inoltre non solo ad un assoluto ampliamento della *Landlord function*, dovuto alla volontà degli enti portuali di impegnarsi in progetti di natura urbanistico-edilizia e di tutela dell'ambiente – impegni sovente connessi all'interazione tra le Autorità e le realtà territoriali in cui esse sono inserite (nonché alla sovrapposizione tra il *management* dell'ente portuale e di quello territoriale) – ma altresì ad un tendenzialmente superamento della stessa funzione in esame, verso un maggiore coinvolgimento delle Autorità in iniziative di carattere imprenditoriale.

Sotto quest'ultimo profilo, non è un caso che anche la dottrina⁶⁰ abbia rilevato rilevi come, al di là delle attività “proprie” della funzione di *Landlord port*, le Autorità stiano progressivamente introducendo ulteriori iniziative volte a consentire loro di perseguire le finalità sottese alla loro istituzione.

Iniziative che consistono, essenzialmente, nello sviluppare attività in grado di generare un ritorno economico sufficiente a finanziare gli investimenti strutturali ed organizzativi di cui abbisogna l'Autorità nonché nel rafforzare la *performance* di tutti i soggetti che gravitano all'interno del porto, in modo tale da migliorarne complessivamente la produttività (ad esempio, attraverso la creazione di servizi di trasporto, oppure di consulenza marittima e portuale)⁶¹.

⁵⁹ Cfr. soprattutto alle pagg. 98 ss.

⁶⁰ L. M. VAN DER LUGT - P. W. DE LANGEN, *Port authority strategy: beyond the landlord a conceptual approach*, in <https://www.researchgate.net>.

⁶¹ Anche la dottrina italiana si è espressa sostanzialmente in questi termini sull'argomento, v. G. VEZZOSO, *Le occasioni mancate di una proposta di riforma portuale* in *Dir. mar.*, 2010, 449 ss., che evidenzia come nella l. 84/94, benché vi sia il divieto per le Autorità Portuali di svolgere direttamente o indirettamente operazioni portuali, sia stato (con l. n.

8. *L'ITMMA Survey The awarding of seaport terminals in Europe 2008: a) the legal framework; b) the terminal awarding process; c) the duration of the terminal award contract; d) the contract stipulation.*

8.1. *L'ITMMA Survey The awarding of seaport terminals in Europe 2008*, commissionato dall'ESPO, è espressamente diretto «*to provide a better understanding of current practices and viewpoints of managing bodies of seaports in Europe*».

Tale ricerca è cioè volta a fornire un quadro relativo alla prassi seguita dalle Autorità portuali in relazione alle procedure di affidamento dei terminali portuali, nonché a sintetizzare la prospettiva degli stessi enti portuali in proposito.

In particolare, la ricerca è stata divisa in due fasi: la prima, focalizzata sulle procedure di gara svolte in 80 porti, è diretta ad esaminare la prassi corrente, attraverso la raccolta di informazioni relative ai terminali europei esistenti nonché ai progetti di terminali in via di realizzazione, la seconda fase della ricerca è invece essenzialmente volta a raccogliere il punto di vista delle organizzazioni portuali europee sulle procedure di gara e sulle modalità contrattuali adottate in relazione all'attribuzione dei terminali: questa fase della ricerca è stata svolta raccogliendo le risposte provenienti da circa 300 porti europei.

Esaminando le risposte pervenute, ESPO espone tre considerazioni preliminari.

Innanzitutto, la ricerca conferma che «*port management systems differ significantly in Europe. This observation is supported by ESPO's factual reports on European ports as well as by academic literature on port governance and port management systems. The survey was mainly relevant for 'landlord' ports in Europe, thereby excluding quite a number of European ports mainly situated in the United Kingdom, Scandinavia but also elsewhere. For example, Cyprus Ports Authority is the owner, operator and regulator of all the ports of the island. There are no private terminal operators within the ports, except for the horizontal transportation of cargo which is done by licensed companies.*

La seconda considerazione è che in diversi Paesi europei, le relative riforme nazionali in materia portuale sono tuttora da considerare in fase di attuazione, il che implica che molti porti risultano in una fase di transizione. In particolare ESPO constata che «*newer EU Member States such as Poland, Bulgaria and Romania have recently witnessed a shift from state-owned and state-operated ports to a landlord- type of port management system. For example, the Polish 'Law Act on ports and harbours' demands from port authorities to execute privatization of port terminals/operators which*

30/98) introdotta la possibilità per esse di costituire o partecipare a società esercenti attività accessori o strumentali rispetto ai compiti istituzionalmente loro affidati.

formerly were state-owned companies. Such activities are in progress in Gdynia since 2001 and up to now two of the four terminals have been privatized, while the other two are still owned and controlled by the State. Countries like France and Spain are presently undergoing major changes in their respective national port policies. Although we acknowledge the dynamic nature of port policies and practices in Europe, the 'as is' survey provides a snapshot of the situation in the first half of 2008 and the results should be interpreted as such.

Infine, ESPO rileva che le autorità portuali che hanno risposto ai questionari trasmessi, pur non fornendo dettagli specifici sui progetti di terminal, hanno illustrato i principi generali da esse seguite nelle procedure di aggiudicazione degli stessi terminal.

La ricerca è suddivisa in queste parti: a) *the legal framework*; b) *the terminal awarding process*; c) *the duration of the terminal award contract*; d) *the contract stipulation*.

a) *The legal framework*

Il primo punto concerne il regime proprietario delle aree portuali (*"the ownership structure of the land"*).

Il sondaggio ha cioè messo in luce che *«only 28% of the projects considered the terminal site is owned by the managing body of the port. In most cases (cioè, il 67%, ndr), the site is a public domain area and only administered by the managing body of the port»*. Inoltre, talune autorità hanno distinto tra *«legal ownership (by the city or a government body) and the economic ownership of the port site (by the managing body of the port)»*.

Quanto al rapporto tra la normativa nazionale dei singoli Stati e la disciplina applicata dalle Autorità nelle procedure di aggiudicazione, ESPO ha rilevato che *«the spectrum ranges from the development by the regional/national governments of a strict set of general rules that are also applicable to ports, to a situation where the regional/national government does not offer a framework, so the managing body of the port develops the rules of the awarding process keeping in mind the general principles of free and fair competition, non-discrimination, transparency, etc.. . In quite a number of cases, rules and legislation are found at various levels. For example, the national government in Italy developed a general framework for ports (Italian ports reform law no. 84/94) and the managing bodies of the ports develop the criteria ruling the awarding process taking into consideration the general principles of free and fair competition. Next to this there is the more general public contracts code in Italy which is also applicable to ports. In Spain, there is a state administration order establishing a general regulatory document ruling the port awarding process. The responsibility for the setting of rules is occasionally entrusted*

to a separate entity. For instance, the Maltese government developed a set of guidelines, and a so-called privatisation unit, established by the government, develops and conducts the award procedure»⁶².

b) The terminal awarding process

Questa parte del sondaggio può essere ripartita in tre paragrafi dedicati, rispettivamente, a: 1) classificazione delle procedure di aggiudicazione dei terminal; 2) “*Competitive bidding*”, a sua volta, suddivisa in: (a) fase di selezione; (b) fase di aggiudicazione; 3) *Pricing system*.

1) In relazione alla classificazione delle procedure, ESPO osserva che *«terminals may be awarded by several methods, including without limitation, by direct appointment, private negotiation from a qualified pool, or using a competitive process. The awarding practices in many ports around the world have undergone quite some changes in recent years. Where before there were often no formal conditions required, the granting nowadays typically consists of a thorough inquiry of the different candidates for obtaining a terminal»*.

Il sondaggio condotto dall’ITMMA attesta altresì che *«competitive bidding is the most common procedure used in concession granting today (...) Any competitive bidding should comply with the principle of equality, which states that every candidate should be equally treated and compared and that there will be no favoritism in the awarding of the concession or no substantial reduction of competition»*.

Quanto alle modalità utilizzate per le procedure di gara, l’ESPO constata che *«in only 21% of the projects following a competitive bidding process, potential candidates were invited by the managing body of the port. In 83% of the cases, the managing body of the port published an open call for tender. It has to be stressed that such an open call in quite of number of cases does not involve a public tendering procedure. It often involved an open assessment procedure with room for negotiations and the submission of improved proposals during the process. The ‘as is’ survey revealed that in 68% of the ‘open call for tender’ cases the terminal is awarded on the basis of the offers of the eligible candidates, followed by one or more negotiation rounds. In the remaining cases the terminal is awarded on the basis of the offers of the eligible candidates without any negotiations or the possibility for candidates to submit a revised proposal during the awarding process.*

⁶² Per di più, tre quarti degli intervistati ha rilevato che *«general regulatory frameworks can only partially be applied to the awarding of terminals as they don’t take into account the specific nature of seaport terminals»*, mentre *«an elevated 90% of the respondents agree with the statement that it is up to the managing bodies of ports to work out awarding procedures for new terminals»*.

Some ports use different types of tendering procedures depending on specific criteria: for example, a limited or 'light' version for smaller facilities and a full version for larger terminals»⁶³.

Con riguardo alla pubblicizzazione delle procedure, invece, dal sondaggio è emerso che *«in almost half of the cases the managing body of the port announced the awarding process on an international scale, 35% on a European scale and only 17% on a national scale. When asking about the kind of terminal operators involved in the awarding process, 71% of the respondents pointed out that the bidding process involved local, national and foreign operators, whereas the remainder only included local and or national operators».*

2) Nei due terzi dei casi, le procedure concorsuali di aggiudicazione sono ripartite in due fasi.

(a) In particolare, *«the first phase typically involves a selection or qualification stage based on experience and financial strength of the candidates. The first stage in the bidding procedure reduces the number of potential bidders thereby avoiding the risks of non-compliance by unreliable bidders».* Con riferimento ai requisiti richiesti, ESPO nota che:

- *«in approximately 86% of the competitive bidding procedures considered, the selection stage includes minimum requirements related to the financial strength of the candidates. The most commonly-used financial parameters relate to a threshold value for the turnover of the candidate (mentioned by 38% of the respondents who use minimum requirements related to the financial strength of the candidates), a threshold value for the cash flow of the candidate (22%) and a maximum value for the ratio between the amount to be invested by the company and the turnover or net accruals of the company (28%);*

- *in approximately 92% of the competitive bidding procedures considered, the selection stage included minimum requirements related to the relevant experience of the candidates»⁶⁴.*

⁶³ In questo quadro possono, tuttavia, intervenire fattori specifici: *«for example, one respondent pointed out the land in the considered port can only be leased for more than one year when using an open tendering procedure. Up to a ten year lease the final decision on the awarding of the terminal resides with the managing body of the port. For longer periods, the approval of the Ministry of Treasury is required. In the cases where terminals were directly appointed, managing bodies of ports did so mainly for strategic reasons (e.g. the creation of intra-port competition or the securing of further expansion possibilities for efficient incumbent firms) or because the terminal project represented a marginal extension of an existing facility (for instance the extension of an existing container terminal with one berth). The 'viewpoints' survey revealed that more than 70% of the respondents agreed or even strongly agreed with the statement that managing bodies of ports (should) have the right to award terminals by direct appointment when they have strategic reasons to do so».*

⁶⁴ Si aggiunge altresì che *«the experience of the candidate can for instance be demonstrated by the management of facilities for similar cargo in the same or other ports. The candidate*

(b) Quanto ai documenti da presentare nella fase di aggiudicazione della procedura concorsuale:

- *«a technical implementation plan is compulsory in nearly all terminal projects under consideration, while requesting a financial plan and a marketing plan is a very common practice as well (...);*

- *in about 70% of the terminal projects of the 'as is' survey, each bidder had to quantify the staff requirements and also had to present studies of environmental and territorial impact covering aspects such as the impact of the terminal operations on the environment and the alternatives to eliminate, reduce or mitigate certain effects (...).*»

Con riguardo alle modalità di selezione *«41% of the respondents of the 'as is' survey indicated they have no specific quantitative mechanism in place, but make a final choice based on a qualitative overall appreciation of the proposals. In 59% of the cases, the respective managing bodies of ports use some sort of scorecard system: various aspects of the proposal are rated and the results are added up to a weighted or unweighted score, based on a score for each of the evaluation criteria related to the elements in the proposal. The 'viewpoints' survey revealed that, irrespective of the existence of a scorecard system, managing bodies of ports should explain how the final selection among the candidates is made (...). The weights and passing criteria are thus to be included in the bidding documents if applicable.*

Inoltre il sondaggio mostra come *«the expected throughput is considered as the most important criterion in about 50% of the terminal projects considered. In about 23% of the cases, the managing bodies of ports attributed the second highest priority to the throughput criterion. Price bids play an important role as well, but in 30% of the terminal projects the price bid was not part of the awarding process due to the specificities of the pricing system used by the managing body of the port (see next section for a more detailed analysis). Other important criteria used in view of the final awarding stage of a terminal include the contribution to the economic*

thus has to credit his experience in the activities related to the project by giving proof of specific antecedents in the exploitation of terminals. The most common ways for managing bodies of ports to ask proof of relevant experience relate to:

- *Experience in any part of the world in the operation of terminals of the same kind as the terminal that is being awarded (mentioned by 62% of the respondents who use minimum requirements related to the relevant experience of the candidates);*
- *A minimum worldwide terminal throughput (in tons, TEU, number of passengers, etc..) required to be eligible as a candidate (24%)*
- *Experience in any cargo handling operations in ports located in any part of the world (24%)*
- *Experience in the operation of terminals of the same kind and in the same region as the terminal that is being awarded (6%)*
- *Experience in any cargo handling operations in the same region as the terminal that is being awarded (3%)».*

development of the region/country, the financial proposal (others than the price bid) and the technical proposal for the terminal».

Di particolare rilievo risulta il fatto che *«in about three quarters of the terminal cases, the respective managing body of the port explicitly or implicitly includes criteria related to the preservation or introduction of intra-port competition in the port»⁶⁵.*

Il che dimostra come i singoli Enti portuali ritengano che assuma rilevanza decisiva l'aspetto della concorrenza tra porti ai fini della selezione dell'impresa terminalista.

3) Con riguardo ai *price bidding systems* utilizzabili nella fase di aggiudicazione dei terminal, le alternative riscontrate oscillano dall'ipotesi di *«a given rent but minimal charges to a maximum rent and freedom to the private operator to set his own charges».*

Il sistema più diffuso prevede *«a maximum rent to be paid to the managing body of the port and the freedom to the private operator to set his own charges. The winner is the highest payer for the right to provide terminal services (market mechanism in setting the rent for the managing body of the port)».* Un altro sistema prevede, invece, *«a given rent to be paid to the managing body of the port and minimal charges from the terminal operator to its customers. The bidder who is offering the lowest price to be paid by the terminal users is the winner».*

Quanto alla determinazione del canone per l'uso delle aree portuali, esso essenzialmente *«tends to vary widely among European ports (...). In 42% of the cases, the managing body of the port imposes a fixed rent per year on the terminal operator for the terminal surface in use (for example in Euro/m²/year). About 23% of the sample projects feature a fixed rent per year plus a royalty per TEU, ton or passenger handled».*

c) The duration of the terminal award contract.

Il *survey* conferma l'esistenza di una significativa differenza nella durata dei contratti di utilizzazione dei terminal, previsti dagli enti portuali europei, rilevando, in particolare, come: *«contract durations in the sample ranged from 4 to 65 years. Two thirds of all terminal contracts have a term of 21 to 40 years».*

Quanto alla loro specifica regolazione, mentre *«in 58% of the terminal award procedures included in the 'as is' survey, existing laws impose minimum and or maximum limits on the duration of the terminal award*

⁶⁵ Ulteriori criteri di valutazione che sono stati indicati riguardavano: *«the expected time gap between the awarding of the terminal and the start of the operations, the inland transport issue, the feeder network concept and the risk profile of the candidate (loyalty concerns)».*

contract. Legislators have developed thresholds on concession durations in view of safeguarding free and fair competition in the port sector», in circa il «59% of the managing bodies of ports in the ‘as is’ survey sample point out that the duration is determined ad hoc based on the specificities of the terminal under consideration». Negli altri casi, sono tendenzialmente previsti «uniform formula or system to determine the contract durations for all terminals in the port».

Centrale nella determinazione della durata dei contratti risulta essere *«the amount of the initial investment required both from the terminal operator and the managing body of the port»*⁶⁶.

Inoltre, mentre nel 60% dei casi esaminati la durata sembra essere direttamente stabilita dalle Autorità portuali, negli altri casi essa risulta negoziata tra questa e l'impresa terminalista.

d) The contract stipulation.

Una volta terminata la procedura di aggiudicazione, l'Ente di gestione del porto ed il terminalista sottoscrivono, tradizionalmente, un contratto, con il quale si consente a quest'ultimo *«to operate a specified terminal for a given duration»*.

Quanto alla forma del contratto, *«in principle, the managing body of a port has no guarantee that the terminal operator will meet its objectives. As such, contracts often take the form of performance-based agreements to create incentives for the terminal operator to meet the objectives of the managing body of the port»*.

Dal survey è emerso altresì che le clausole che più si ripetono nella stipulazione delle concessioni portuali attengono al *«minimum throughput requirements, environmental clauses and clauses with regard to changes in the ownership structure of the terminal (present in over 80% of the contracts)»*, leggermente meno utilizzate sono invece le clausole dirette a regolare il rinnovo o la proroga della concessione e quelle che attribuiscono

⁶⁶ Ciò benché, *«many of the other factors considered in figure 16 have direct implications on the required investment levels, e.g. the type of terminal/commodity handled on the terminal, the level of dedicated layout/equipment at the terminal, the location of the terminal in the port and the status of the terminal site (greenfield site versus brownfield site). Surprisingly, managing bodies of ports in the sample generally seem not to take into account the existing and expected future level of competition between market players in the port (intra-port competition) when deciding on the contract duration. In other words, the number of players in one specific terminal market segment inside the port area does not seem to have an impact on the contract term. Other factors that can play a role in the setting of the contract duration relate to the compliance with the development policy of the port, land lease and other easement rights and the refurbishment of historical sites within the concession area»*.

all'ente portuale di porre fine al rapporto⁶⁷.

I. "Throughput guarantees".

Questa tipologia di clausole è inclusa in oltre il 90% dei modelli di contratti stipulati con i terminal operators.

In particolare, ESPO rileva che *«the managing body of the port generally indicates upfront a minimum throughput to be guaranteed by the terminal operator. This should encourage the operator to market the port services to attract maritime trade and to optimize terminal and land usage»*.

Nel 67% dei contratti, contenenti tali clausole, queste ultime *«explicitly mention that the terminal operator has to achieve a minimum cargo volume for the terminal as a whole. In only few cases managing bodies of ports put forward a minimum cargo volume to be handled per hectare of terminal area or per meter of quay»*.

Nel 46% dei casi, il volume di produzione viene determinato dalle parti attraverso una specifica negoziazione, mentre nel 32% dei modelli contratti analizzati, esso è stabilito dall'ente portuale sulla base di un *«port benchmarking exercises»*.

Tradizionalmente i contratti includono clausole dirette a proteggere il terminalista da una "cancellation" prima dell'intero decorso della durata della concessione, sebbene *«about 70% of the contracts also contain clauses that empower the managing body of the port to (unilaterally) end the contract in case the terminal operator does not meet certain preset performance indicators»*. Laddove il terminalista non rispetti le clausole relative al volume di produzione è spesso previsto il pagamento di una penale in favore dell'ente portuale, oppure direttamente la revoca della concessione.

II. "Environmental clauses".

Questa clausola appare nell'85% dei casi esaminati.

Nel 30% dei casi essa si riferisce a *«the compulsory use of some sort of environmental management/reporting system, while maximum emission levels are included in 18% of the contracts. About 9% of the contracts only refer to specific technical equipment to be used to limit emissions (for example coldironing for vessels, electric yard equipment, etc.)»*, mentre *«about one fourth of all contracts combine several of the above environmental clauses. Occasionally, ports include clauses on existing or future contamination of the terminal site»*.

Laddove i contratti non contengano espressamente tali clausole è invece

⁶⁷ Un esame dettagliato delle clausole contrattuali da inserire nella concessione è contenuto anche nel *Port Reform Tool Kit*.

possibile che il terminalista debba direttamente rispettare gli standard ambientali previsti nelle corrispondenti discipline nazionali.

III. “*Modal split clauses for hinterland transportation*”.

Tale clausola è rinvenibile soprattutto nei contratti più recenti ed è stata rilevata nel 37% dei contratti esaminati.

Nella metà dei casi «*the contract elaborates on some technical specifications and compulsory investments to be done by the terminal operator in hinterland transport infrastructures on the terminal site. In only 21% of the cases, the modal split clauses explicitly impose a specific modal split on the terminal operator to be reached by a certain year (...). In about 14% of the cases, the modal split to be reached is specified for each year of operation*».

È, inoltre, interessante rilevare che la clausola in questione è spesso configurata, non quale obbligo imposto al terminalista, bensì alla stregua di un «*soft objective (an intention)*».

IV. “*Renewal clauses or extension clauses*”.

È una clausola rinvenuta in circa il 60% dei modelli di contratto esaminati.⁶⁸

Spesso le parti negoziano la proroga della concessione prima della scadenza della relativa durata, sebbene nel 30% dei casi esaminati gli enti portuali decidano di avviare direttamente una procedura di aggiudicazione pubblica.

In alcuni porti è previsto che i terminalisti possano richiedere una proroga dei contratti sulla base dei maggiori investimenti già realizzati nel corso dell'intero periodo di utilizzo del terminal, oppure negli ultimi anni del rapporto.

V. “*Clauses referring to what happens if the contract is not extended after the end of the regular contract term*”.

Circa il 40% dei contratti esaminati include una clausola che disciplina

⁶⁸ Le clausole più comuni in tal senso sono:

- «*Clauses referring to the conditions for renewal of the terminal use after the end of the regular contract term (mentioned by 39% of the respondents who included renewal or extension clauses in the contract)*;
- *Clauses referring to an extension of the contract term if the terminal operator makes additional investments during the regular contract term (18%)*;
- *Clauses referring to interim evaluations (for example every five years) during the contract term. The continuation of the terminal use is subject to a positive evaluation during the interim evaluations (18%)*».

l'ipotesi in cui il contratto non sia stato prolungato alla scadenza della concessione.

Nel 63% dei casi la clausola prevede *«financial compensations for the value-added linked to investments made by the terminal operator in a specified period prior to the end of the contract term»*, mentre meno del 7% dei contratti include previsioni relative ad accordi che regolino la situazione del personale utilizzato una volta terminata la concessione.

Una particolare considerazione deve essere svolta con riguardo alle *“superstructure”* realizzate dal concessionario.

Nel 30% dei casi gli enti portuali decidono solo alla fine del contratto quale sia la sorte di tali infrastrutture ed è diffusa la possibilità che sia imposto al terminalista di distruggere/rimuovere l'opera realizzata senza alcuna forma di compensazione.

VI. “Clauses with regard to what happens if the terminal ends up under a different ownership structure”.

Nel 79% dei casi, si è rilevato che gli enti portuali sono altresì soliti includere nei contratti specifiche clausole che disciplinano l'ipotesi in cui il terminal finisca, nel corso dell'esecuzione del contratto, ad un differente proprietario (ad esempio, a seguito di fusioni e/o acquisizioni di imprese terminaliste).

Nel 71% dei contratti esaminati, si è rilevata la presenza di clausole che impongono al terminalista, nell'ipotesi di mutamento della proprietà dell'impresa, di chiedere l'assenso preventivo all'ente portuale, mentre nel 55% dei casi, è previsto solo che il terminalista si limiti a notificare al porto la trasformazione della propria compagine sociale.

Solo nel 3% dei modelli è invece imposta una *«royalty fee in case the terminal is transferred into other hands due to a merger or acquisition operation. Nevertheless, the ‘viewpoints’ survey showed that about 42% of the respondents agrees with the statement that managing bodies of ports should have the right to impose a royalty fee in case the terminal changes hands during the contract term»*.

Tali previsioni non implicano che nella prassi ciò avvenga, dipendendo tale decisione dalla natura dei rapporti che intercorrono tra l'impresa e l'ente portuale.

8.2. Pur prendendo atto delle differenze che contraddistinguono i porti europei, ESPO conclude, rilevando come appaiono comunque molteplici gli aspetti comuni.

In particolare, si sottolinea il fatto che *«the survey made clear that the vast majority of managing bodies of European ports are trying to optimize the use of scarce land via the inclusion of throughput specifications in the*

contract. They are also increasingly using the terminal awarding process in view of a broader environmental compliance of port activities and a sustainable development of the port». Ciò che viene altresì rilevato è il rischio che la maggiore concorrenza tra porti e la paura di perdere volumi di traffico ponga gli enti portuali in una posizione di debolezza nei confronti degli operatori portuali, rendendoli «*less observant and strict with regard to the editing and the enforcement of the rules in the contract. With the emergence of international terminal operator groups and shipping lines, managing bodies of ports are confronted with powerful and footloose players*».

Alla luce di tale considerazione, si pone l'accento sulla necessità che qualsiasi politica dovesse essere adottata, tanto a livello nazionale, quanto a livello europeo, dovrebbe essere diretta «*at empowering managing bodies of ports better to fully take up their responsibilities and to further develop their role as (local) regulator in an environment that provides legal certainty to all parties involved*».

Inoltre, rileva ESPO come il *survey* abbia messo in evidenza che i principi posti della Commissione alla base della Comunicazione del 2007 risultano già sostanzialmente applicati nei porti europei.

Il che rappresenta un importante punto di partenza per indurre le Istituzioni ad aumentare i poteri degli enti portuali nella gestione delle procedure di aggiudicazione dei terminal non solo mediante l'attribuzione ad essi di una maggiore responsabilità, ma anche dell'effettiva proprietà di tali strutture.

9. La nozione di "port concession".

La ricerca condotta nel 2008 nell'ambito ESPO non fa specifico riferimento alle concessioni portuali.

Ciò è dovuto al fatto che le procedure di aggiudicazione dei terminal portuali nei confronti degli operatori privati possono assumere diverse forme, potendo oscillare «*from management contract/leases to BOT arrangements, with each type having specific modalities with regard to the spread of investments and of risk*».

Nel già menzionato *Port Reform Tool Kit* (mod. 3), la Banca Mondiale dedica invece ampio spazio alla concessione portuale.

La Banca Mondiale precisa anzitutto che «*in concession agreements, governments are still widely involved in port management, mainly through public landlord port authorities. At the same time, the role of private enterprise in the sector will continue to grow (...) For landlord ports, public bodies will retain the ultimate ownership of assets (especially land), but will transfer a major part of the financial and operational risks to the private sector. Governments will act mainly as regulators and land developers,*

while private firms will assume the responsibility for port operations. The main legal instrument used to achieve this realignment of public and private sector roles and responsibilities is a concession».

Le concessioni portuali sono cioè gli strumenti tipici di gestione che caratterizzano il modello di Landlord port e sono definibili come «*a contract in which a government transfers operating rights to private enterprise, which then engages in an activity contingent on government approval and subject to the terms of the contract. The contract may include the rehabilitation or construction of infrastructure by the concessionaire. These characteristics distinguish concessions from management contracts on one end of the reform spectrum and comprehensive port privatization on the other. Concessions, by permitting governments to retain ultimate ownership of the port land and responsibility for licensing port operations and construction activities, further permit governments to safeguard public interests. At the same time, they relieve governments of substantial operational risks and financial burdens*».

In particolare, la concessione portuale può assumere due forme: si può cioè configurare alla stregua di un “lease contract”, ove «*an operator enters into a long-term lease on the port land and usually is responsible for superstructure and equipment*»⁶⁹, oppure come “concession contract”, nel quale invece «*the operator covers investment costs and assumes all commercial risks*».

Le suindicate forme di concessione hanno però in comune i seguenti elementi, cioè: (a) in entrambi i casi, gli enti concedenti trasferiscono in capo alle società concessionarie specifici diritti; (b) hanno una durata definita (10/50 anni); (c) sono delimitate sotto il profilo geografico; (d) implicano direttamente o indirettamente il trasferimento di rischi operativi e finanziari.

Peraltro, nei “concession agreements”, l’obiettivo principale perseguito dalle parti consiste nel trasferire «*costs from the government to the private sector. Concessionaires are obliged to construct and rehabilitate infrastructure and operate a facility or service for a fixed number of years. Concessions may be positive, when a concessionaire pays the government for concession rights, or negative, when the government pays a concessionaire for the services it provides under the agreement*».

Sulla scorta delle indicazioni provenienti dal *Port Reform Tool Kit*, anche la dottrina, esaminando le concessioni portuali, ha cercato di circoscrivere il

⁶⁹ Sarebbero inoltre distinguibili due tipologie di *lease contract*: il *flat rate* e lo *shared revenue lease*.

La prima tipologia «*gives the lessee the right to use a fixed asset for a specific period of time in exchange for periodic payments of a fixed amount*»; mentre nella seconda forma «*the lessor also gives to the lessee the right to use a fixed asset for a fixed period in exchange for a variable amount of money. With a shared revenue lease there is a minimum payment regardless of the level of activity, but no maximum payment*».

loro ambito operativo.

Si è così sostenuto che l'espressione "concession" configura «*a grant by a government or port authority to a (private) operator for providing specific port services, such as terminal operations or nautical services (e.g. pilotage and towage)*»⁷⁰. Rilevando altresì che «*the key features of a private concession are that the basic terminal infrastructure remains in public ownership, whilst terminal operations are controlled by a separate entity which is at least partly owned by private companies. The operator is given the right to use the public assets for a specific period of time, and operates with a large degree of commercial freedom (defined in the initial contract). In many, but not all, cases, the operator also has the right (and often the obligation) to invest in terminal*»⁷¹.

Rispetto all'uso di altri strumenti contrattuali per l'aggiudicazione delle aree portuali, le concessioni presentano taluni vantaggi, che, pur essendo connessi alla struttura giuridica del rapporto cui esse danno luogo, attengono alla gestione ed organizzazione di tutte le attività e strutture del porto nel quale vengono rilasciate.

Nella scelta degli strumenti di aggiudicazione dei terminal, dunque, «*concession policy has become a powerful governance tool for port manager. Compared with the sale of assets to private operators, concession policy allows port authority to retain some control on the organisation and structure of the supply of the port market*»⁷² ed, inoltre, «*through concession policy port managers can encourage port service providers to optimize the use of scarce resources such as land*»⁷³. Sono dunque tendenzialmente due i principali benefici di una politica portuale fondata sull'utilizzo dello strumento delle concessioni: (a) la possibilità in capo alle autorità portuali di mantenere il controllo sull'organizzazione delle strutture portuali e sulle forniture dei relativi servizi; (b) la facoltà di stimolare i prestatori dei servizi portuali ad ottimizzare l'uso delle aree portuali, che costituiscono, per ragioni naturali, "una risorsa scarsa".

Nel modello di *landlord port authority*, la dottrina⁷⁴ ha inoltre rilevato che nella ripartizione tra proprietà del terminal e svolgimento delle operazioni portuali possono essere distinte quattro possibili combinazioni: (a) proprietà pubblica e pubblica partecipazione nell'esecuzione delle

⁷⁰ T.E. NOTTEBOOM, *Concession agreements as port governance tools*, in *Transportation Economics*, 2007, Vol. 17, 437-455.

⁷¹ S. FARRELL, *The ownership and management structure of container terminal concessions*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 39:1, 7.

⁷² T.E. NOTTEBOOM – A.A. PALLIS – S. FARRELL, *Terminal concessions in seaport revised*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 39:1, 1-5.

⁷³ T.E. NOTTEBOOM, *Concession agreements as port governance tools*, cit., 439

⁷⁴ ID, 439 ss.

operazioni portuali; (b) proprietà pubblica e partecipazione privata nella costruzione dei terminali nello svolgimento delle attività e nella gestione delle infrastrutture; (c) proprietà pubblica e partecipazione privata nell'installazione delle cd. *superstructures* (cioè, ad esempio, le gru) nonché nello svolgimento delle operazioni e, infine, (d) proprietà e pubblica partecipazione privata nella esecuzione delle attività.

In particolare l'uso del modello - *Public Ownership and Private Operations (POPO)* - è molto diffuso.

In questo modello, infatti, «*a concession agreement is signed between a private terminal operator and a landlord port authority or empowered government agency. Concessions can take the form of a long-term lease or an operating license. Under the long-term lease system, a private company is allowed to operate a specified terminal for a defined period of time. The government or a public authority holds the property rights of the facilities throughout the concession period and receives lease payments on the assets. The concession/lease fees paid by the private terminal operator are used to upgrade and expand the facility*».

Per tale approccio, la concessione portuale è dunque considerata alla stregua di un *lease contract* o di una licenza per svolgere le operazioni portuali previste, operando all'interno di un terminal specifico per un determinato periodo di tempo.

La proprietà delle strutture rimane in capo all'autorità portuale concedente per tutta la durata della concessione ed il concessionario corrisponde alla stessa autorità i canoni per l'uso delle strutture messe a disposizione.

Nelle ipotesi aree portuali non ancora edificate (cd. "*greenfield*"), possono però essere individuate diverse modalità di costruzione, finanziamento e conseguente gestione delle strutture portuali realizzate. Tra questi possono essere annoverati:

1) il cd. "*Build-Lease-Operate (BLO)*": nel quale l'autorità competente «*leases the construction and operation of the whole port or part of it to a private company through a long-term concession. The private company constructs the terminals/berths/ other facilities. In turn, the port authority controls the rights throughout the concession period and receives a lease payment annually*»⁷⁵;

2) il cd. "*build-Operate-Transfer (BOT)*": il quale prevede che l'autorità autorità «*grants a concession or a franchise to a private company to finance and build or modernize a specific port facility. The private company is entitled to operate the facilities and to obtain revenue from specified operations or the full port for a designated period of time. The private sector takes all commercial risks during the concession. At the end of the concession period, the government retakes ownership of the improved*

⁷⁵ *Ibidem.*

assets. Arrangements between the government and the private operator are set out in a concession contract that may or may not include regulatory provisions»⁷⁶;

3) il cd. “*Rehabilitate-Operate-Transfer (ROT)*”: in base al quale viene rilasciata «*a concession to a private company to finance and rehabilitate or modernize a specific terminal or an entire port. This company is entitled to operate and obtain revenue from the rehabilitated port for a specific period. The private company takes all commercial risks, and at the end of the concession period, the government retakes ownership of the improved asset*»⁷⁷;

4) il cd. “*Build-Rehabilitate-Operate-Transfer (BROT)*”: che prevede il rilascio di una «*concession to a private company to finance and rehabilitate or modernize a specific terminal or an entire port. This company is entitled to operate and obtain revenue from the rehabilitated port for a specific period. The private company takes all commercial risks, and at the end of the concession period, the government retakes ownership of the improved asset*»⁷⁸;

5) il cd. “*Build-Operate-Share-Transfer (BOST)*”: assimilabile al BOT, si realizza quando viene rilasciata «*a concession or a franchise to a private company to finance and build or modernize a specific port/terminal for a designated period of time. The revenue obtained from terminal operations is shared with a designated public authority throughout the concession period. The government/public authority should assure a specific quantity of throughput for revenue. The commercial risks are shared among the government and the concessionaire. At the end of the concession period, the government retakes ownership of the improved asset*»⁷⁹.

A tali modalità di intervento, che in realtà rappresentano solo le principali modalità di *Public-Private-Partnership* (PPP) realizzabili all'interno delle aree portuali, deve peraltro aggiungersi la possibilità che il rilascio di una concessione avvenga a seguito della realizzazione di una *public-private joint venture*.

In questo caso cioè attraverso la costituzione di uno *Special Project Vehicle (SPV)*, l'ente gestore del porto ed il concessionario realizzano congiuntamente le strutture necessarie all'espletamento delle operazioni portuali di cui si fa carico la “società veicolo” neo-costituita⁸⁰. Tale forma di PPP, molto diffusa ad esempio in Cina ed in Indonesia si trova però raramente da altre parti.

⁷⁶ ID., 440.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ ID., 439 ss.

⁸⁰ S. FARRELL, *Observation on PPP models in the Port Sector*, (paper non oggetto di pubblicazione).

In questa prospettiva, la concessione portuale viene annoverata tra gli strumenti di PPP, superando così la dimensione strutturale di mero utilizzo, con l'eventuale infrastrutturazione, delle aree portuali prodromiche allo svolgimento di operazioni portuali.

Cosicché, ne viene evidenziata la funzione di “*port governance tool*”⁸¹, tanto da rilevare che «*Landlord port authorities have embraced concession policy as a means to promote free and fair competition in the cargo handling industry, to increase efficiency in port operations and land use, to further develop their role as (local) regulator and to deal with potential information asymmetries in the relation between port authority and terminal operator*»⁸².

10. Le procedure di aggiudicazione nelle concessioni portuali.

Il fatto che la concessione portuale sia ricondotta ad una delle forme di PPP esperibili all'interno delle aree portuali, pone inoltre il problema di verificare quale tipologia di aggiudicazione potrebbe ritenersi preferibile al fine di aggiudicare il prescelto terminal portuale da attribuire in concessione

⁸³

La prima questione che si presenta consiste nel valutare se le procedure di aggiudicazione inerenti alle concessioni portuali possano ricadere nell'ambito di applicazione delle direttive europee in tema di appalti pubblici.

Ebbene si è già riferito come, nella Comunicazione dell'ottobre del 2007, la Commissione Europea abbia espressamente rilevato che, sebbene le suindicate direttive non siano espressamente applicabili alle concessioni di servizi, «*la giurisprudenza della Corte di giustizia ha sottolineato che, quando uno Stato membro accorda concessioni di servizio che non rientrano nel campo della direttiva sugli appalti pubblici, le autorità pubbliche sono vincolate da un obbligo di trasparenza che comporta una pubblicità adeguata della loro iniziativa, una procedura equa e non discriminatoria, con possibilità di ricorso. Tale obbligo di trasparenza consiste nel garantire, nell'interesse di ciascun potenziale offerente, un grado di pubblicità sufficiente tale da permettere che la concessione sia aperta alla concorrenza e che sia possibile controllare l'imparzialità delle procedure d'aggiudicazione*».

In tal quadro, la dottrina ha ritenuto di poter comunque riferire alle

⁸¹ T.E. NOTTEBOOM – A.A. PALLIS – S. FARRELL, *Terminal concessions in seaport revised*, cit., 1.

⁸² T.E. NOTTEBOOM, *Concession agreements as port governance tools*, cit., 453.

⁸³ H. SIEMONSMA – W. VAN NUS – P. UYTENDAELE, *Awarding of Port PPP contracts: the added value of a competitive dialogue procedure*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 39:1, 63-78 (v., in particolare, 67 ss.).

concessioni portuali le direttive in materia di appalti pubblici, alla stregua di linee guida orientative per le Autorità portuali impegnate all'elaborazione di idonee procedure di selezione.

E ciò, in particolare, avvalendosi della previsione contenuta nel considerando n. 31 della direttiva 2004/18/CE⁸⁴, che consente alle amministrazioni aggiudicatrici, in presenza di “progetti particolarmente complessi” di cui non sia possibile preventivamente stabilire l'impostazione giuridica e finanziaria (e dunque ove non la situazione non consenta neppure di far ricorso alle procedure di gara “aperte” o “ristrette”), di reperire sul mercato gli strumenti giuridici più idonei al fine di selezionare i soggetti interessati a conseguire l'appalto pubblico⁸⁵.

Infatti, ad avviso di tale dottrina, le concessioni portuali integrebbero tutte le condizioni previste per i “contratti particolarmente complessi”: cioè per qui contratti in cui «*contracting authorities: (1) are not objectively able to define the technical means capable of satisfying their needs or objectives and/or (2) are not objectable able to specify the legal and/or financial make-up of a project*»⁸⁶.

In tal senso, lo strumento giuridico specificatamente applicabile consisterebbe nel cd. “dialogo competitivo”: cioè, in quella «*procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte*» (v. art. 1, co. 11, let. c) direttiva 2004/18/CE).

Ciò non significa però che le Autorità portuali non possano avvalersi di altre procedure concorsuali disciplinate dalla direttiva, nè, al contempo, che

⁸⁴ Secondo cui, in particolare, «*le amministrazioni aggiudicatrici che realizzano progetti particolarmente complessi possono trovarsi nell'impossibilità oggettiva, non per carenze loro imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie. Tale situazione può in particolare verificarsi per l'esecuzione di importanti progetti di infrastruttura di trasporti integrati, di grandi reti informatiche, di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato, di cui non è possibile stabilire in anticipo l'impostazione finanziaria e giuridica. Nella misura in cui il ricorso a procedure aperte o ristrette non consenta di aggiudicare detti appalti, occorre prevedere una procedura flessibile che salvaguardi sia la concorrenza tra operatori economici sia la necessità delle amministrazioni aggiudicatrici di discutere con ciascun candidato tutti gli aspetti dell'appalto. Tuttavia tale procedura non deve essere utilizzata in modo che limiti o distorca la concorrenza, in particolare mediante modifiche di elementi sostanziali delle offerte o imponendo elementi nuovi sostanziali all'offerente scelto ovvero coinvolgendo qualsiasi altro offerente che non sia quello che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa*»

⁸⁵ H. SIEMONSMA – W. VAN NUS – P. UYTENDAELE, *Awarding of Port PPP contracts: the added value of a competitive dialogue procedure*, cit., 69.

⁸⁶ *Ibidem*.

esse possano servirsi di procedure di gara diverse, benchè comunque rispettose dei principi generali del diritto europeo indicati nella stessa Comunicazione del 2007.

D'altra parte, è un sufficiente un rapido esame delle modalità di aggiudicazione adottate dalle Autorità portuali europee, agevolato dal Survey predisposto da ESPO, per rilevare che ciò si sta in parte già verificando nella prassi.

11. Le recenti esperienze di concessioni di terminal nei Porti europei.

Negli ultimi anni, le Autorità portuali europee hanno dato vita a rilevanti procedure di aggiudicazione di concessioni portuali, nonché all'ampliamento di ulteriori aree portuali destinate ad essere affidate in concessione. Tra le principali esperienze degli ultimi anni, è possibile far particolare riferimento a:

(a) l'aggiudicazione del terminal portuale nell'area Maasvlakte 2, denominato *Rotterdam World Gateway (RWG)* al consorzio formato dall'impresa terminalista DP World insieme ad un numeroso sostanzioso di compagnie di vettori (APL, MOL etc..) ⁸⁷;

(b) la concessione del terminal container del Porto del Pireo (OLP, SELPO in greco) alla società Cosco Pacific ⁸⁸;

(c) il procedimento avviato dal Porto di Anversa per lo sviluppo della "Saeftinghe Development area".

La rilevanza di questi casi impone un loro breve esame.

(a) La concessione del terminal portuale *Rotterdam World Gateway (RWG)* è di particolare rilevanza per due ragioni:

i) anzitutto, per il completo ricorso allo strumento delle "competitive biddings";

ii) in secondo luogo per l'introduzione tra le "modal split requirements" del criterio della "sustainability", a sua volta specificato nei sub-criteri "Environment", "Use of hinterland modes", "Security".

Il rilascio della suindicata concessione trae le sue origini dal lancio del progetto "*Rotterdam Mainport Development Project*" nel 1997, da parte dell'Autorità portuale di Rotterdam consistente nel creare ulteriori aree per lo svolgimento delle operazioni portuali e migliorare la qualità nella regione attraverso la creazioni di "zone verdi".

⁸⁷ L. M. VAN DER LUGT - R. W. DEN BERG – A. WILLEUMIER, *A new approach to granting terminal concessions: the case of the Rotterdam World Gate terminal*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 39:1, 79-90.

⁸⁸ H. N. PSARAFTIS - A. A. PALLIS, *A Concession of the Piraeus container terminal: turbulent times and the quest for competitiveness*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 39:1, 27-43.

In seguito ad un ampio giro di consultazioni, soprattutto con gli enti territoriali interessati, si è deciso di realizzare Maasvlakte 2, cioè un'area costituita da circa 100 acri di terreno (ed altrettanti di bacini d'acqua) destinati ad ospitare le attività portuali previste.

Il finanziamento di tale progetto è stato integralmente sostenuto dal Porto di Rotterdam e rifinanziato attraverso i canoni di concessione e le tasse portuali.

Come accennato, il rilascio della concessione in relazione ad una parte dell'area è stata operata dall'Autorità portuale mediante una procedura concorsuale suddivisa in queste fasi: (I) pre-offerta; (II) prequalifica; (III) selezione. Al termine della complessa procedura di aggiudicazione, il terminal è stato affidato in concessione mediante la stipula di un contratto nel 2007.

Nonostante l'intervenuta stipulazione dell'accordo di concessione, l'operazione in esame non può ritenersi in realtà conclusa.

La sostenibilità finanziaria dell'operazione dipende, infatti, dalla flessibilità del rapporto negoziale previsto dalle parti: in tal senso, si è, infatti, evidenziato come vi sia una fase "post-concorsuale" nella quale, le parti devono adeguare le previsioni incluse nella concessione alla situazione del mercato. A titolo esemplificativo, si può rilevare come la concessione di cui si discute sia stata affidata nel 2007, dunque un anno prima dello scatenarsi della crisi finanziaria globale: la concessione prevedeva cioè determinati parametri formulati sulla base della situazione economica precedente alla crisi.

Per tale ragione, l'Autorità portuale ed il concessionario pur rimandando vincolati alle direttive principali contenute nell'accordo del 2007, hanno concordemente stabilito un percorso di crescita con tempistiche differenti rispetto a quelle preventivate.

(b) Il secondo caso di rilievo riguarda la concessione del terminal container del Porto del Pireo alla Cosco Pacific⁸⁹.

Tale caso evidenzia, infatti, la forte compenetrazione tra interessi politici ed economici, ove l'oggetto della concessione sia rappresentata da infrastrutture di sensibile dimensione e l'ente portuale concedente sia gravemente influenzato dalle decisioni del governo nazionale.

Basti infatti, pensare che l'affidamento del terminal di cui si discute è avvenuto, in un primo tempo nel 2009, dopo una procedura di aggiudicazione durata ben cinque anni, ma si è "riavviato" attraverso nuove successive negoziazioni, protrandosi per un altro anno, fino alla primavera del 2010, a seguito dell'arrivo del concessionario e dell'insediamento del nuovo governo.

Inoltre, l'intera procedura di aggiudicazione della concessione (nonché le

⁸⁹ ID., per una ricostruzione dettagliata del caso.

corrispondenti disposizioni contrattuali) sono state pesantemente criticate, tanto da aver sollevato un nutrito contenzioso giunto fino alla Corte Suprema.

(c) Di notevole rilievo è infine l'esperienza avviata dal Porto di Anversa per lo sviluppo della "Saeftinghe Development area".

La rilevanza di tale progetto è duplice.

Per un verso, tale iniziativa è stata sviluppata dall'Autorità Portuale mediante il ricorso ad una indagine del mercato volta a «*to determine the needs of the market with respect to maritime activities (e.g. containers), as well as industrial and logistic activities on the waterfront and non-waterfront sites*», nonché a fungere da base «*for the allocation of sites for logistics and industrial activities during the actual planning of the project area. The amount of interest in container handling operations will also influence the extent and development of the container dock*»⁹⁰. Si tratta dunque di un'operazione "modulata", che trae cioè le sue fondamenta dal mercato ed è finalizzata a realizzarsi in funzione delle esigenze degli operatori interessati.

Per altro verso, l'iniziativa in questione è di interesse perchè rappresenta lo sviluppo di un'area di dimensioni rilevanti collocata all'interno di uno dei porti più vasti del pianeta, (1070 ettari circa) ancora del tutto priva di infrastrutture portuali.

Il che pone in risalto l'estrema flessibilità della concessione che dovrebbe essere conclusa su tale area.

Le esperienze brevemente riferite costituiscono solo taluni degli esempi di modalità di organizzazione delle aree portuali che negli ultimi anni sono stati adottati. Nello stesso tempo, si deve rilevare come, a fronte di realtà già consolidate sul piano normativo (come quella belga ed olandese) vi sono dei Paesi che stanno attualmente attraverso un periodo di transizione normativa o ne sono da poco usciti⁹¹.

⁹⁰ Saeftinghe Development area – Market Consultation, 2008.

⁹¹ Per un panorama complessivo della legislazione dei porti, si v. K. NOUSSIA, *The port policy of the European Union: Current status and future prospects*, in *Dir. mar.*, 2009, 644 ss.

Quanto alla situazione dei porti greci, si rinvia al già citato contributo di H. N. PSARAFTIS - A. A. PALLIS, *A Concession of the Piraeus container terminal: turbulent times and the quest for competitiveness*, 29. Con riguardo alla posizione del Porto di Rotterdam, si fa riferimento ancora a L. M. VAN DER LUGT - R. W. DEN BERG - A. WILLEUMIER, *A new approach to granting terminal concessions: the case of the Rotterdam World Gate terminal*, cit., 81-82. Per la situazione dei porti portoghesi, cfr. R. CUNHA MARQUES - A. FONSECA, *Market structure, privatisation and regulation of Portuguese seaports*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 37:8, 145-161. Con riferimento alla normativa francese in materia di porti si v. J. BEURIER (a cura di), *Droits marittimes*, 2009-2010, ed. Dalloz, 805 ss, nonché J. DEBRIE,

Tendenzialmente però anche in tali casi sembra essere stata adottata la medesima prospettiva di regolazione delle aree portuali che si rinviene in altri Stati europei, come del resto ha avuto modo di rilevare anche ESPO in occasione del Survey del 2008 e del Report del 2010, testé brevemente esaminati.

12. Il Manifesto ESPO 2012: un tentativo di soft regulation?

Il ruolo di ESPO, quale attore di prim'ordine nel panorama portuale internazionale, nonché quale interlocutore indispensabile della Commissione Europea per il sostegno in qualsiasi riforma del settore, ha trovato recente conferma nel lancio del cd. "*Manifesto for Port Authorities, Government and the European Union*".

Il "Manifesto", dal titolo suggestivo di "*The Renaissance of Port Management and Policy*", è stato presentato l'11 maggio 2012 a Sopot (Polonia) in occasione dell'annuale assemblea dell'Associazione ove è stato approvato all'unanimità.

In questo, dopo aver rilevato i cambiamenti epocali che stanno attraversando i porti negli ultimi decenni, ESPO sottolinea la necessità di rivedere il ruolo tradizionalmente attribuito, in diversi Paesi membri, alle Autorità portuali: in particolare, si chiarisce che «*Port authorities that confine their role to conserving port land and regulating nautical safety will be unable to make a difference. Though essential, these basic functions need to be developed pro-actively in a wider portfolio of tasks that add value to the wider port community, the logistics chain, business in general and the societal and environmental context in which ports operate. Port authorities essentially have to become dynamic port developers and policy-makers need to give them the necessary means and tools to perform this role*».

Connesso a questo necessario ripensamento del ruolo delle Autorità portuali si pone l'accento sull'esigenza che tutti i soggetti coinvolti nella regolazione dei porti – ed in particolare, oltre alle stesse singole Autorità, gli Stati membri e le Istituzione dell'Unione Europea - modifichino

V. LAVAUD-LETILLEUL, *La décentralisation portuaire : réformes, acteurs, territoires*, Parigi, 2010; con riguardo alla situazione belga, E. VAN HOOYDONK, *Legal aspects of port competition*, in M. HUYBRECHTS et al (eds.), *Port Competitiveness, An economic and legal analysis of the factors determining the competitiveness of seaports*, Uitgeverij De Boeck, Antwerp, 2002, soprattutto 97 ss.; quanto alla disciplina normativa spagnola, si v. invece I. ARROYO, *Privado y público en los puertos españoles*, in *Dir. mar.* 2000, 404 ss., nonché A. SPINNATO – L. B. COMAS – B. FORTE, *La nuova legge spagnola n. 33/2010 del 5 agosto, che modifica la legge 48/2003 del 26 novembre, sul regime economico e di prestazione di servizi nei porti di interesse generale* in *Dir. mar.* 2011, 693 ss., più in generale B. TOVAR - L. TRUJILLO – S. JARA-DÍAZ, *Organization and regulation of the port industry: Europe and Spain*, in <http://www.globalcitizen.net>. Infine, per un sintetico inquadramento dei recenti sviluppi in materia portuale di molti Paesi europei si veda il "*Fact-founding report*" del 2010 di ESPO alle pagg. 59-61.

l'atteggiamento finora dedicato al settore portuale.

In tal senso, ESPO elenca una serie di "solleciti" indirizzati a ciascuno dei suindicati soggetti, affinché ciò sia possibile⁹².

Tra questi, particolare rilevanza, per quanto interessa la presente ricerca, assume l'invito rivolto nei confronti delle Autorità portuali di «*pursue an*

⁹² In particolare,

(a) gli Enti portuali, membri di ESPO sono invitati a:

«1. Create the appropriate business climate for customers, investors and service providers, by investing in infrastructure, facilities and ancillary services within the port area and in broader networks and innovative clusters where appropriate, and pro-actively develop the overall port complex;

2. Pursue an active interest in optimizing the performance of the various service providers that are active in the port, through a dynamic concession policy which goes beyond simple land lease or licensing;

3. Adhere to principles of good corporate governance, including transparency and non-discrimination, in relation to customers, tenants and other contractual partners, shareholders, staff, investors and societal stakeholders;

4. Invest in good neighbourly relations with societal stakeholders, promoting the positive values of seaports with local communities and the general public

5. Maintain and enforce high standards of environmental and safety performance for the entire port complex, while simplifying or avoiding multi-layer levels of regulation».

(b) Agli Stati e/o Regioni responsabili per l'adozione di politiche portuali, si chiede invece di:

«1. Establish governance structures which allow port authorities to perform their functions in an independent way, without conflict of interest;

2. Maintain or establish financial autonomy of port authorities, both in terms of investment decisions and managing of income charges, and consequently focusing public funding mainly on maritime and land-side connections of ports;

3. Ensure that port authorities have control over the quality performance of all relevant services provided by third parties within the port area;

4. Avoid proliferation of other agencies with port-related governance competencies, but establish transparent appeal systems to deal efficiently with complaints against decisions taken by port authorities;

5. Abolish restrictive practices, simplify planning and consent procedures as well as customs and other administrative procedures».

(c) Infine, l'Unione Europea è chiamata a:

«1. Establish clear and proportional guidance on the application of relevant Treaty rules regarding public funding of port investments, the granting of concessions and the provision of port services;

2. Monitor the implementation of the said guidance in Member States and act in case of manifest breaches of Treaty rules, promoting a renewed industrial policy for ports;

3. Simplify or increase the efficiency of implementation of legislation in the field of environment, customs, border controls and security, ensuring harmonised application;

4. Create an internal market for shipping and respect the international nature of seaborne trade in all forthcoming initiatives that affect the maritime sector;

5. Establish a network of core and comprehensive ports and financially support port-related projects with demonstrated EU added value in terms of transport efficiency, sustainability and/or territorial cohesion under the new TEN-T framework and other funding instruments».

active interest in optimizing the performance of the various service providers that are active in the port, through a dynamic concession policy which goes beyond simple land lease or licensing»: con ciò confermando l'esigenza che il ricorso allo strumento delle concessioni portuali non si riduca ad un mera decisione circa le modalità d'uso delle aree portuali, oppure ad un semplice controllo dei servizi prestati dagli operatori, ma si traduca in una vera e propria *policy* portuale diretta a garantire la massima flessibilità nella gestione delle attività dei porti.

Inoltre, altrettanto rilevante pare essere l'invito rivolto da ESPO all'Unione Europea di fornire, chiaramente ed in modo ponderato, le opportune istruzioni circa l'applicazione delle principali disposizioni del Trattato inerenti al finanziamento pubblico degli investimenti portuali, al rilascio delle concessioni delle aree portuali ed all'esecuzione delle operazioni e dei servizi portuali.

Il Manifesto ESPO sembra integrare, per un verso, l'attività di ricerca fin qui svolta dall'Associazione con riguardo all'aspetto delle procedure di aggiudicazione dei terminal portuali, nonché alle diverse organizzazioni dei porti presenti nei Paesi membri; per altro verso, l'attività di promozione dalla stessa realizzata in questi ultimi anni ai fini di conciliare le velleità di riforma avanzate dalla Commissione Europea nel settore portuale con le esigenze degli operatori.

In questa prospettiva, il Manifesto appare cioè in linea con l'approccio di "*soft law*", adottato dalla Commissione al fine di regolare la materia di cui si discute. Non è del resto un caso che ESPO stia autonomamente predisponendo una "*good practice guide*" avente ad oggetto le procedure di aggiudicazione dei terminal portuali⁹³.

Tale iniziativa, infatti, che ben si concilia con il lancio del Manifesto – pur avendo quest'ultimo una prospettiva di più ampio respiro – conferma la necessità che il settore portuale sia regolato attraverso il coinvolgimento di tutti i soggetti principali che operano nel porto, senza alcuna imposizione dall'alto.

⁹³ T. NOTTEBOOM – P. VERHOEVEN – M. FONTANET, *Current practices in European ports on the awarding of seaport terminals to private operators: toward an industry good practice guice*, cit., 118 ss.

CONCLUSIONI

LE PROSPETTIVE DI RIFORMA

SOMMARIO: I. I tentativi di riforma della l. 84/94. — 2. I testi di riforma dell'art. 18 l. 84/94 in tema di concessioni portuali. — 3. La proposta di direttiva europea sulle concessioni. — 4. Considerazioni finali.

1. I tentativi di riforma della l. 84/94.

Benché la l. 84/94 sia stata sottoposta sin dai primi mesi successivi alla pubblicazione a sensibili e ripetuti interventi correttivi, il legislatore si è trovato costretto, ad un certo momento, a rilevare l'inadeguatezza dell'impianto sistematico che la sorregge⁶³⁴.

Ora, complice di tale inadeguatezza è stata certamente l'approvazione della riforma costituzionale del 2001 ove ha radicalmente modificato il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni includendo i "porti" tra le materie di legislazione concorrente⁶³⁵.

Ma, nello stesso tempo, di una riforma del sistema portuale si è presumibilmente avvertita l'esigenza anche in relazione ad altri mutamenti normativi che hanno interessato il diritto interno ed il diritto europeo ed internazionale: basti pensare, al riguardo, alla crescente attenzione manifestata dal legislatore europeo in materia di appalti pubblici e di ambiente tanto da indurlo all'adozione di specifiche e capillari direttive in questi settori, oltre che di analisi particolarmente approfondite.

Ed, infine, la richiesta di una revisione è stata avanzata dagli stessi operatori portuali – ed in primo luogo le Autorità Portuali – che hanno rilevato numerose lacune nel testo vigente, prima tra tutte la scarsa autonomia finanziaria concessa dallo Stato agli enti di gestione dei porti.

Sicché, è parso condivisibile l'avvio di un iter parlamentare di riforma della l. 84/94.

In tal senso, il 10 dicembre 2009 è stato perciò approvato un primo testo unificato, relativo ai disegni di legge nn. 143 (Menardi) "Modifiche alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, in materia di ordinamento portuale", 263 (Marco Filippi

⁶³⁴ G. VEZZOSO, *Le occasioni mancate di una proposta di riforma portuale* in *Dir. mar.*, 2010, 438 ss.;

⁶³⁵ Per un approfondimento sul punto si rimanda al § IV.

ed altri) “Riforma della legislazione in materia portuale” e 754 (Grillo ed altri) “Riforma della legislazione in materia portuale”. Un secondo testo unificato, che scaturisce dalla congiunzione dell’esame del disegno di legge del Governo (n. 2403), presentato dal Ministro Matteoli e denominato “Riforma della legislazione in materia portuale”, è stato invece adottato come testo base dall’ottava Commissione permanente “Lavori pubblici, comunicazioni”, il 21 dicembre 2010.

I testi sopra menzionati sono stati approvati in un unico testo unificato (n. 5453)⁶³⁶ dal Senato della Repubblica il 12 settembre 2012 e trasmessi alla Camera il 17 settembre 2012, ove sta proseguendo l’iter di approvazione parlamentare.

I testi in questione palesano taluni profili critici di ordine sistematico che sono già stati approfonditi, in via generale, dalla dottrina⁶³⁷: di seguito, ci si limiterà perciò solo ad un rapido esame del testo dell’art. 18 l. 84/94, nella versione del 2010, nonché del nuovo testo previsto nell’ultima versione approvata dal Senato nel 2012.

2. I testi di riforma dell’art. 18 l. 84/94 in tema di concessioni portuali.

2.1. I testi unificati del 2009 e del 2010⁶³⁸, nella parte in cui modificano l’attuale formulazione dell’art. 18 l. 84/94, sono sostanzialmente identici salvo minimi accorgimenti⁶³⁹.

Essi comunque introducono talune disposizioni innovative, che sono evidentemente dirette a tenere in considerazione sia esigenze di ordine

⁶³⁶ Disegno abbinato alla proposta di legge Proposta di legge C. 2311 presentata il 19 marzo 2009.

⁶³⁷ Per un’analisi critica delle riforme portuali, v. ancora G. VEZZOSO, *Le occasioni mancate di una proposta di riforma portuale*, cit., 438 ss.; tra i numerosi interventi, cfr. S.M. CARBONE – D. MARESCA, *Prospettive di riforma della legislazione in materia portuale*, in *Quad. reg.*, 2009, 3 1007; G. MASTRANDREA, *Il disegno di legge governativo in materia di riforma della legislazione in materia portuale: una breve panoramica delle principali novità de iure condendo*, in *Riv. Dir. Nav.*, 2010, 201 ss. M. BENNICI, *La governance regionale dei porti italiani: la legge 84/1994 e le sue proposte di riforma*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2006, 121 ss.

Un approfondimento dei due testi unificati è stato condotto anche dal Servizio Studi del Senato, Ufficio ricerche nei settori delle infrastrutture e dei trasporti, reperibile all’indirizzo: <http://www.camera.it/temiap/file%203526.pdf>.

⁶³⁸ Per un esame sinottico dei testi di riforma rispetto alla formulazione vigente della norma si veda la tabella di seguito allegata.

⁶³⁹ In questi termini e per un attento esame del nuovo testo di art. 18 previsto dai testi unificati, si v., in particolare, M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Riv. Dir. Nav.*, 2010, II, 467.

sistematico, che attengono cioè al rapporto tra competenze degli enti interessati, sia taluni rilievi manifestati dagli operatori, che incidono soprattutto sul carattere operativo della norma.

In particolare, il comma 1, dell'art. 18 vigente, viene modificato nell'ottica del già rilevato mutamento nel quadro delle competenze Stato/Regioni in tema di porti, tanto che se il testo del 2009 si limita a prevedere che oltre all'Autorità portuale il rilascio della concessione è operato da altra Autorità competente, quello del 2010 in modo meno ambiguo indica espressamente tra gli enti concedenti «*l'autorità portuale o, nei porti di categoria III, la regione o l'ente territoriale competente*». È inoltre del tutto eliminato il riferimento all'adozione del regolamento ministeriale che avrebbe dovuto stabilire i criteri per la determinazione di canoni, durata, vigilanza, rinnovo della concessione.

Il nuovo secondo comma regola, invece, la figura della concessione di realizzazione e la gestione di opere attinenti ad attività marittime e portuali collocate a mare, senza però introdurre cambiamenti sostanziali rispetto al testo vigente.

Il comma successivo introduce sostanzialmente i criteri che sarebbero dovuti confluire nel previsto decreto ministeriale, stabilendo che le Autorità determinino la durata della concessione in relazione al programma di investimenti presentato dal concessionario volti a valorizzare la qualità dei servizi da rendere all'utenza ovvero ad assumere a proprio esclusivo carico la realizzazione di opere portuali. In particolare, nel testo di riforma viene enucleata la previsione relativa alla durata della concessione e vincolata al parametro del programma di investimenti presentato da parte del concessionario.

Il quarto comma stabilisce che nell'atto di concessione siano incluse talune clausole determinanti che attengono:

(a) alla previsione del termine per la verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi e delle altre condizioni che hanno determinato il rilascio del titolo, da parte dell'Autorità Portuale, che da annuale, com'è previsto nel testo vigente, diventa biennale;

(b) alle modalità di definizione ed approvazione degli eventuali programmi d'investimento del concessionario nella realizzazione di opere portuali;

(c) alle sanzioni e le altre specifiche cause di decadenza o revoca della concessione, diverse da quelle generali previste dalle corrispondenti norme del cod. nav.

Il comma 5 impone che l'atto di concessione sia adottato dall'Autorità Portuale all'esito di selezione effettuata tramite procedura di evidenza pubblica, nel rispetto dei principi europei di trasparenza, imparzialità, proporzionalità, efficienza e parità di trattamento e previe idonee forme di pubblicità.

Principi che però possono essere derogati, ai sensi del comma 6, “tenuto

conto delle previsioni del piano operativo triennale”, «con riguardo a spazi interclusi entro aree concesse ad un unico soggetto o ad esse attigue, se a giudizio dell'autorità concedente le stesse aree intercluse o attigue non siano suscettibili, trattandosi di superfici limitate in relazione all'utilizzazione prevista, di essere assegnate a diversi soggetti al fine dello svolgimento di una attività imprenditoriale autonoma e connotata da criteri di economicità». In tal caso cioè queste aree, previa verifica delle suddette condizioni, possono essere assegnate direttamente al soggetto concessionario delle aree attigue.

Al comma 7 si prevede che le Autorità portuali riferiscano ogni due anni al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in merito allo stato delle concessioni in atto ed in particolare al rispetto delle condizioni poste dall'atto di concessione, specificando che il Ministero possa sia indicare all'Autorità le direttive per il migliore uso delle aree portuali, sia adottare provvedimenti volti affinché siano rispettate le condizioni previste negli atti concessori evidentemente elusi.

Il comma 8 riguarda i requisiti che devono essere in possesso degli aspiranti concessionari, oltre a quelli già previsti per il rilascio dell'autorizzazione allo svolgimento delle operazioni portuali, consistenti cioè in:

a) un programma di attività, assistito da idonee garanzie anche fideiussorie, volto all'incremento dei traffici e della produttività del porto e gli eventuali investimenti programmati;

b) un organico di lavoratori adeguato in relazione al suindicato programma di attività;

c) un apparato tecnico ed organizzativo adeguato, anche dal punto di vista della sicurezza, a soddisfare le esigenze di un ciclo produttivo ed operativo a carattere continuativo ed integrato, per conto proprio o di terzi.

Con riferimento a quest'ultimo punto, la norma però specifica che l'aspirante concessionario, ove autorizzato, rimane comunque unico responsabile nei confronti dell'autorità portuale, per il rispetto degli obblighi e degli impegni derivanti dall'autorizzazione e dalla concessione, anche relativamente alle attività appaltate.

I co. 9 e 10 regolano la sostenibilità economica della concessione, prevedendo che essa debba indicare le modalità di calcolo, di rivalutazione e di versamento del relativo canone, il cui importo deve essere parametrato in ragione della prevedibile redditività, per il concessionario, dell'area o della banchina interessata, che in nessun caso può essere inferiore a quello derivante dall'applicazione della normativa nazionale in materia di concessioni di beni del demanio marittimo. Inoltre la norma aggiunge che nel caso in cui sia ad esclusivo carico del concessionario la realizzazione di opere portuali permanenti, l'importo del canone, ad esclusione dei casi in cui esso sia determinato nel limite minimo e solo con riguardo alla zona interessata dalle

opere, è ridotto secondo i criteri contenuti in apposito regolamento che il comitato portuale è tenuto ad adottare⁶⁴⁰.

Il co. 11 disciplina taluni aspetti centrali nello svolgimento del rapporto concessorio, solo in parte regolati dalla normativa vigente. In particolare si prevede che:

(a) con particolare riguardo alle eventuali modifiche in corso di rapporto della struttura societaria del concessionario, la struttura societaria sia indicata chiaramente già nella concessione e che qualsiasi modifica successiva venga previamente comunicata all'Autorità concedente, *«la quale potrà indicare eventuali ragioni che essa ravvisi discendere sul rapporto concessionario ai fini del suo mantenimento o della sua revoca la quale può per motivate ragioni»*;

(b) il concessionario può affidare a terzi, in subconcessione, una parte limitata delle aree al fine dello svolgimento di attività secondarie, nell'ambito della stessa concessione, non coincidenti con quelle ricomprese nel ciclo delle operazioni portuali o con i servizi portuali di cui all'art. 16, co. 1 della l. 84/94;

(c) su motivata richiesta del concessionario, il concedente può comunque autorizzare l'affidamento ad altre imprese portuali, autorizzate ai sensi dell'art. 16 della legge, di alcune attività non preponderanti comprese nel ciclo operativo ovvero lo svolgimento dei servizi portuali di cui al co. 1 dello stesso articolo.

Il comma 12 mantiene il divieto nei confronti dell'impresa concessionaria di essere al tempo stesso concessionaria di altra area demaniale dello stesso porto, salvo che l'attività per la quale richiede una nuova concessione sia differente da quella di cui ha la concessione già assentita⁶⁴¹. Tale divieto può però essere derogato dal concedente, in considerazione delle previsioni del piano regolatore portuale e sulla base delle evoluzioni attese e dei traffici e fermo comunque restando il rispetto dei principi di concorrenza e di pluralità.

Infine, il co. 13 demanda alle Autorità portuali di emanare entro 180 dall'entrata in vigore della legge, un regolamento che disciplini i criteri e le condizioni per il rilascio delle concessioni e per la determinazione dei relativi canoni, mentre l'ultimo comma prevede che la disciplina introdotta si applica solo alle concessioni rilasciate, successivamente, restando salve quelle già in vigore.

2.2. Il nuovo testo approvato nel 2012 introduce sensibili novità rispetto ai

⁶⁴⁰ In tal quadro si rammenta che il cod. nav. prevede che la misura del canone di concessione dei beni del demanio marittimo è indicata dall'atto di concessione, mentre l'art. 16 del regolamento di attuazione, demanda alla legge ed ai regolamenti la determinazione della misura minima del canone, disciplina è rinvenibile dl 400/1993.

⁶⁴¹ Attualmente previsto al comma 7 dell'articolo.

testi precedenti⁶⁴².

Nel primo comma si prevede, infatti, che le concessioni debbano essere rilasciate “in conformità con quanto previsto dal piano regolatore”, attribuendo così una rilevanza centrale allo strumento di pianificazione ai fini della gestione delle aree portuali.

Ai co. 5 e 6 si prevede che ove siano trascorsi i due terzi della durata della concessione, il concessionario che dia corso a investimenti in opere infrastrutturali e in opere o impianti di non facile rimozione ulteriori rispetto al programma presentato e che sia oggetto di valutazione nella procedura di evidenza pubblica di può richiedere che la durata della concessione sia prorogata, da parte dell'autorità portuale, previa delibera del comitato portuale, acquisito il parere favorevole del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per un periodo proporzionale al rapporto fra gli ulteriori investimenti e quelli indicati nel programma originale, purché non superiore a un terzo della durata inizialmente stabilita per la concessione. E, a fronte del programma di investimenti ulteriori il concessionario può richiedere, quando siano decorsi i due terzi della durata della concessione, che la procedura di evidenza pubblica per la riassegnazione dell'area sia anticipata rispetto alla scadenza naturale. Se la richiesta è accolta, la procedura deve essere avviata entro sei mesi dalla richiesta.

Le due nuove previsioni cercano cioè di venire incontro alle esigenze dei terminalisti consentendogli da un lato, di ammortizzare gli investimenti realizzati nel corso del periodo di concessione e dall'altro lato, di chiedere un'anticipazione della procedura concorsuale prima della scadenza della concessione in modo da valutare gli eventuali investimenti da realizzare nel periodo finale del rapporto.

Nel comma 8 si riproduce in modo più organico il comma 6 del testo del 2010, prevedendo che la deroga al divieto di concedere una sola area può essere rilasciata «*tenuto altresì conto delle previsioni del piano regolatore portuale e del piano operativo triennale*», con riguardo a spazi interclusi entro aree concesse ad un unico soggetto o ad esse attigue, specificando che ciò è consentito anche «*nel caso in cui il piano regolatore portuale ne preveda la unitarietà di utilizzazione*», ferma comunque restando la necessità di acquisire il preventivo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

In relazione al controllo del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sullo

⁶⁴² Ciò sebbene rimangano sostanzialmente invariati la maggior parte dei commi: in particolare, i commi 2, 3, 4 del testo del 2012 sono identici ai testi precedenti mentre il comma 7 del testo del 2012 ne riproduce il comma 5, il comma 10 il comma 8; i commi 11 e 12, rispettivamente, i commi 9 e 10; i commi 13 e 14, rispettivamente, i commi 11 e 12; ed infine, i commi 15 e 16 i commi 13 e 14.

stato delle concessioni in atto e in particolare al rispetto delle condizioni poste dall'atto di concessione, il comma 9 elimina, rispetto al comma 7 della formulazione del 2010, la possibilità che il Ministero adotti provvedimenti volti a far rispettare le condizioni della concessione, pur mantenendo la facoltà di «*emanare indirizzi generali per la migliore fruizione delle aree demaniali*».

In sostanza, il nuovo testo introduce qualche novità rispetto alla vigente formulazione, sebbene, nel contempo, lasci “scoperti” altri nodi centrali nella disciplina.

In primo luogo, è necessario rilevare che viene, infatti, del tutto eliminata la previsione relativa alla facoltà, nel caso di concessioni di particolare rilevanza, di procedere alla stipulazione di accordi sostitutivi ai sensi dell'art. 11 l. 241/90: sebbene sia presumibile che il legislatore abbia scelto, togliendo tale disposizione, di estendere a tutti i casi di concessione una siffatta possibilità, l'assenza di un riferimento sul punto lascia taluni margini di incertezza.

In secondo luogo, non v'è alcun espresso riferimento né alla disciplina del dlgs 163/2006, né alla configurazione della concessione in esame quale “concessione di servizi”, nell'accezione formulata dal diritto europeo. È viceversa più marcata la configurazione della figura quale forma di “concessione di beni”: tanto che il co. 12 dell'art. 18 nel testo del 2012 prevede una modulazione del canone di concessione nei confronti dell'impresa concessionaria in relazione alla “valorizzazione del bene demaniale”, svolta dalla autorità concedente o dal precedente concessionario.

E scompare altresì qualsiasi riferimento all'aspetto negoziale della concessione, spesso denominata nella nuova formulazione del testo quale “atto di concessione”.

Si fa, in terzo luogo, più accentuato il controllo ministeriale cui è attribuita la potestà di emanare direttive in relazione alle modalità di concessione determinate dall'Autorità concedente (anche nell'ipotesi in cui quest'ultima sia la Regione)⁶⁴³: il che però comporta un'ingerenza nella gestione delle aree portuali forse non molto opportuna, attese le premesse poste dalla stessa legge (v. art. 1 del nuovo testo) ispirate ad un pieno rispetto degli artt. 117 e 118 Cost.

In quarto luogo, restano irrisolti altri problemi che erano già stati sollevati nell'esame del testo vigente: è, infatti, sufficiente, a titolo esemplificativo, rilevare che i testi in discussione non hanno chiarito se la concessione ex art. 18 l. 84/94 possa riguardare le sole aree demaniali del porto, senza comprendere le banchine, posto che il nuovo co. 1 della norma fa riferimento solo alla possibilità che l'autorità competente conceda «*alle imprese di cui all'articolo*

⁶⁴³ È invece scomparsa nel testo del 2012 la possibilità che il Ministero adotti provvedimenti al riguardo.

16, comma 3, l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di aree demaniali e banchine».

In tal senso, sembra dunque confermarsi quanto già in precedenza rilevato: cioè che, nell'approccio posto dal legislatore, la figura di concessione in esame si distingue rispetto a quella prevista sui beni demaniali marittimi dall'art. 36 cod. nav., per il solo fatto che l'istituto che ci occupa si svolge nell'ambito portuale e senza dunque che, di fatto, rivestano particolare rilevanza gli ulteriori aspetti insiti nella concessione portuale e che in parte sono riconosciuti dallo stesso legislatore.

Altro aspetto problematico attiene alla necessità di operare una distinzione tra concessionario dell'area e soggetto che realizza i lavori: nel nuovo testo dell'art. 18 cioè non risulta ancora espressamente disciplinata la possibilità che la concessione portuale venga attribuita ad un soggetto diverso rispetto all'eventuale concessionario di lavori che ha realizzato le infrastrutture richieste. E, benché tale circostanza possa ritenersi superata nella prassi, avvalendosi degli istituti del dlgs 163/2006, si tratta di un punto su cui v'è qualche incertezza.

L'esame dei testi induce dunque a ritenere che la loro formulazione possa far emergere talune difficoltà non solo di ordine operativo, ma anche di carattere sistematico: sembra, infatti, ancora molto distante l'approccio del legislatore rispetto alla prospettiva del diritto europeo ed a quella del diritto internazionale.

Il che fa auspicare un ripensamento dell'approccio del legislatore nazionale sul punto.

3. La proposta di direttiva europea sulle concessioni.

In tal quadro, è, infine, necessario fare un cenno al testo di *“proposta di direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione”*, presentata dalla Commissione Europea il 20 dicembre 2011 ed, in questo momento, al vaglio del Parlamento Europeo⁶⁴⁴.

Tale progetto legislativo, già annunciato dalla Commissione nella Comunicazione dal titolo *«L'Atto per il mercato unico – Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia*, del 13 aprile 2011, è stato presentato contestualmente alla proposta di revisione delle già esistenti direttive sugli appalti pubblici⁶⁴⁵.

In particolare, la proposta di direttiva in questione è espressamente diretta a garantire *«trasparenza, correttezza e certezza giuridica nell'aggiudicazione dei contratti di concessione, contribuendo in tal modo a offrire migliori opportunità*

⁶⁴⁴ COM(2011) 897.

⁶⁴⁵ COM(2010) 608.

di investimenti e, in ultima analisi, un maggior numero e una migliore qualità dei lavori e dei servizi» e «migliora radicalmente l'accesso degli operatori economici ai mercati delle concessioni. Le disposizioni sono concepite in primo luogo per migliorare la trasparenza e l'equità delle procedure di aggiudicazione, limitando l'arbitrarietà delle decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori su aspetti come la pubblicazione precedente e a posteriori, le garanzie procedurali, i criteri di selezione e di aggiudicazione e i termini imposti agli offerenti».

A tal fine, la proposta introduce specifiche disposizioni di natura procedimentale (termini di presentazione delle proposte di concessione, termini di aggiudicazione, etc..) che le amministrazioni sono tenute ad osservare nel momento in cui intendono rilasciare una concessione di servizi.

La difficoltà nel circoscrivere l'ambito di applicazione della direttiva si avverte sin da subito dalla lettura del considerando n. 6, ove la Commissione Europea afferma che *«le concessioni sono contratti a titolo oneroso conclusi tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori aventi per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi il cui corrispettivo consiste normalmente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto. L'esecuzione di tali lavori o servizi è soggetta a specifici obblighi definiti dall'ente aggiudicatore o amministrazione aggiudicatrice e aventi forza esecutiva. Per contrasto, determinati atti di Stato quali autorizzazioni o licenze, con cui lo Stato o un'autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, non si possono definire concessioni. Analoga constatazione vale per determinati accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati ambiti o risorse di natura pubblica, come per esempio contratti di affitto di terreni con i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici».*

Preliminarmente, la Commissione distingue cioè tre fattispecie: (a) “le concessioni”, qualificate alla stregua di contratti avente ad oggetto l'acquisizione di lavori o servizi il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi previsti nel contratto; (b) “le autorizzazioni o licenze”, definite come quegli atti con cui le amministrazioni stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica; (c) “gli accordi” aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati ambiti o risorse di natura pubblica.

Così specificando, conseguentemente, che solo le prime ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva.

Nel considerando n. 7, la Commissione, constatata la permanente difficoltà

di determinare una nozione condivisa di “concessione”, rileva altresì la necessità di *«precisare meglio la definizione di concessione, in particolare facendo riferimento al concetto di “rischio operativo sostanziale”*. *La caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire i lavori o i servizi, comporta sempre il trasferimento al concessionario di un rischio economico che comprende il possibile mancato recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati. L'applicazione di norme specifiche di disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata, se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore evitasse all'aggiudicatario qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore ai costi che l'aggiudicatario deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto»*.

A ciò però aggiungendo che *«alcuni accordi interamente pagati dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore si configurerebbero come concessioni qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda o disponibilità del servizio o del bene»*.

Tra le disposizioni normative, rileva, in particolare:

- l'art. 2 co. 4-5 della direttiva che definiscono e circoscrivono l'ambito di applicazione della “concessione di lavori”: cioè, del *«contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra uno o più operatori economici e uno o più enti aggiudicatori, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, ove il corrispettivo dei lavori da eseguire consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo»*, laddove per la definizione di “esecuzione dei lavori” si rinvia alle attività elencate all'All. I della direttiva;

- l'art. 2 co. 7 della direttiva, che definisce la “concessione di servizi” come quel *«contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori, avente per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di cui ai punti 2) e 4) (cioè, ove oggetto di concessione siano i “lavori”, ndr), ove il corrispettivo dei servizi da prestare consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo»*.

E, per quanto maggiormente interessa ai nostri fini, l'art. 8 che, nell'elencare i casi in cui la direttiva non trova applicazione, al comma 5 lett. (a), la esclude espressamente in relazione alle *«concessioni di servizi per l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni...»*.

La proposta di direttiva si sviluppa in un contesto nel quale il ruolo delle concessioni difficilmente pare poter continuare ad essere privo di una disciplina

sistematica in tema di concessioni. Le più recenti pronunce della Corte di Giustizia evidenziano, infatti, da tempo un ormai consolidato orientamento volto ad attribuire alle concessioni una funzione centrale, anche sul piano europeo, nel rapporto tra privati e pubblica amministrazione.

In relazione alla figura della concessione portuale, la proposta di direttiva evidenzia taluni problemi.

1) in primo luogo, non è del tutto chiaro se la direttiva si applichi *tout court* alle concessioni portuali: esaminando i “considerando” alla direttiva testè richiamati e il caso di esclusione dal relativo ambito applicato di cui all’art. 8, co. 5, lett. (a) non è possibile con certezza sostenere la diretta applicazione dell’istituto che ci occupa⁶⁴⁶;

2) in secondo luogo, ove si ritenesse applicabile alle concessioni portuali la direttiva *de qua*, si porrebbe il problema del coordinamento tra queste ultime previsioni e quanto sostenuto dalla Commissione Europea nella Comunicazione sui porti del 2007. È vero, infatti, che in quest’ultima sede la Commissione aveva sostanzialmente ricondotto le concessioni portuali alle concessioni di servizi, ma è altrettanto vero che ciò era avvenuto sulla base di una premessa ineludibile: cioè, che l’aspetto principale delle concessioni portuali è rappresentato dalla regolazione dell’uso delle aree portuali e non dei servizi che su tali aree si svolgono;

3) inoltre, l’applicabilità della direttiva alle concessioni portuali si pone altresì sotto un ulteriore profilo: è cioè vero che in linea di massima esse possono essere qualificate alla stregua di concessioni di servizi, ma ciò non sembra così evidente laddove le concessioni portuali implicino la realizzazione di infrastrutture. In tal senso basti pensare che la stessa direttiva riconduce alle concessioni di lavori pubblici l’ipotesi in cui la concessione abbia ad oggetto la realizzazione di infrastrutture portuali (cfr. all. 1).

Ad avviso di chi scrive, pare che l’obiettivo della Commissione Europea consista indubbiamente nel far ricadere le concessioni portuali nell’ambito di applicazione di tale direttiva.

In particolare, la prospettiva che sembra emergere dall’esame del testo induce a ritenere che siano contemplate dalla direttiva in questione tutte le ipotesi in cui, attraverso l’uso di un determinato bene, a prescindere dalla sua natura, il concessionario prescelto presti un servizio o realizzi una qualche infrastruttura specifica: fattispecie nella quale effettivamente parrebbe rientrare

⁶⁴⁶ Del tutto contraria all’applicazione della direttiva in questione alle concessioni demaniali marittime si sono mostrate, ad esempio, alcune associazioni di categoria (v. <http://www.mondobalneare.com>) secondo cui essa non potrebbe applicarsi a tali concessioni escludendo espressamente le locazioni di beni e gli accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati ambiti o risorse di natura pubblica.

la figura di cui si discute.

E ciò appare in linea con l'impostazione complessiva tradizionalmente adottata dalla Commissione.

4. Considerazioni finali.

Nell'ordinamento interno, la concessione portuale è configurata alla stregua di una forma di "concessione di beni demaniali marittimi", discendendo dall'art. 36 cod. nav.

Il che comporta non solo che la concessione portuale conserva molti tratti della figura generale alla quale essa viene ricondotta, ma altresì che la prima soggiaccia a parte della disciplina che il cod. nav. dedica specificatamente alla seconda.

Tale approccio ha però due conseguenze di ordine sistematico.

La prima è che non è possibile inquadrare sul piano giuridico la concessione portuale né quale "concessione di servizi", né quale "concessione di lavori pubblici", secondo l'accezione attribuita a questi istituti dal diritto europeo derivato.

Mentre, infatti, la concessione portuale rappresenta una modalità d'uso di un bene demaniale, che in quanto tale può avvenire solo mediante l'intervento di un provvedimento dell'amministrazione che ne sottrae il godimento alla collettività in favore di un utente determinato, le figure della concessione di lavori e di servizi rappresentano una modalità di contrattazione tra un privato e l'amministrazione in funzione dell'acquisto, per l'appunto, di un lavoro o di un servizio. E la prospettiva non muta ove si consideri che la concessione portuale può assumere la forma dell'accordo procedimentale ai sensi dell'art. 11 l. 241/90.

Infatti, in tal caso, alla convenzione avente ad oggetto la regolazione delle aree portuali, le parti possono sommare specifiche clausole volte a regolare lo svolgimento delle operazioni e dei servizi portuali, oppure la realizzazione della struttura necessaria per l'espletamento di tali attività. Queste previsioni cioè non fanno perdere alla concessione portuale la natura di concessione di beni, ma consentono semplicemente alle parti di avvalersi degli istituti previsti dal codice dei contratti, ampliando le possibilità di regolazione delle attività del privato concessionario dell'area.

D'altra parte, l'impossibilità di assimilare la concessione portuale alle figure previste dalle direttive europee e dal codice dei contratti non sembra costituire di per sé un problema, posto che l'inquadramento prospettato da queste fonti normative in relazione a tali figure non si contrappone a quello, interno, della concessione di beni.

Le suindicate prospettive, infatti, sono tutt'altro che inconciliabili tra loro ove si consideri che lo svolgimento di un servizio o la realizzazione di un'opera per conto dell'Amministrazione può essere realizzato a prescindere dalla natura del bene su cui tali attività si realizzano e per mezzo del concessionario stesso del bene.

In questa prospettiva, la stessa Commissione Europea nella richiamata Comunicazione del 2007 in tema di porti, pur riconducendo la concessione portuale alla figura della concessione di servizi, ha posto l'accento sulla rilevanza dell'uso dell'area portuale quale presupposto imprescindibile per l'espletamento delle attività del concessionario, oggetto del servizio. Così rilevando espressamente che è la naturale scarsità delle aree portuali ad imporre una regolamentazione concorrenziale dei servizi che vi si svolgono e non viceversa.

Ed anche la dottrina internazionale, pur annoverando la concessione portuale tra le possibili modalità di realizzazione delle infrastrutture portuali, ha comunque fatto presente che l'aspetto centrale dell'istituto è rappresentato dall'uso del bene portuale necessario alla realizzazione delle infrastrutture e non viceversa.

In entrambi questi ultimi approcci considerati viene cioè privilegiato un aspetto specifico della concessione portuale, pur ritenendo, nel contempo, implicito l'aspetto relativo all'uso del bene: basti, infatti, rammentare in tal senso che nella ricostruzione elaborata dalla Banca Mondiale la concessione portuale può configurarsi semplicemente anche alla stregua di un contratto di *lease*.

La seconda conseguenza è invece più gravosa.

L'assenza di un chiaro e puntuale riferimento nell'art. 18 l. 84/94 alla normativa in tema di appalti pubblici, tanto nella disciplina attuale, quanto nei testi di riforma proposta è foriera di possibili incomprensioni.

Non si teme la possibilità che la concessione portuale possa essere in qualche modo sottratta alla disciplina prevista in tema di contratti pubblici. Né che le procedure svolte dalle Autorità concedenti per il suo rilascio siano adottate senza il rispetto dei principi europei di trasparenza, libertà tra imprese e concorrenze.

Ciò che preoccupa è piuttosto il pericolo che una disciplina non in linea con la prassi e le necessità dei porti induca le Amministrazioni ad ignorare le esigenze degli operatori, e gli operatori a stigmatizzare le esigenze delle Amministrazioni.

Timore che non sembra del tutto infondato ove si presti attenzione alla formulazione dell'art. 18 della legge n. 84/94.

Se è, infatti, vero che la concessione portuale può essere ricondotta alla

figura della concessione di beni, è altrettanto vero che l'istituto in esame presenta profili del tutto peculiari che la rendono una figura del tutto eccentrica nell'ordinamento, dato che essa, non si contraddistingue per il fatto di essere diretta all'uso di un bene portuale, ma perché, pur consentendo al concessionario di svolgere in modo libero le attività previste, impone un uso vincolato del bene. Sicché, è tanto limitativo ritenere che la concessione portuale sia configurabile quale concessione di lavori o di servizi, quanto riduttivo limitarsi ad equipararla semplicemente alla figura della concessione di beni pubblici.

In entrambi i casi, infatti, il rischio è di un inquadramento parziale dell'istituto.

Tabella sinottica.

<p>Articolo 18 della legge 28 gennaio 1994, n. 84</p>	<p>Articolo 16 (Sostituzione dell'articolo 18 della legge 28 gennaio 1994, n. 84)</p>		<p>Articolo 17 (Sostituzione dell'articolo 18 della legge 28 gennaio 1994, n. 84)</p>
<p>Testo vigente al 31 gennaio 2013</p>	<p>Testo Unificato approvato il 10/12/2009</p>	<p>Testo Unificato approvato il 21/12/2010</p>	<p>Testo Unificato approvato il 21/12/2010</p>
<p>(Concessione di aree e banchine)</p> <p>1. L'Autorità portuale e, dove non istituita, ovvero prima del suo insediamento, l'organizzazione portuale o l'autorità marittima danno in concessione le aree demaniali e le banchine comprese nell'ambito portuale alle imprese di cui all'articolo 16, comma 3, per l'espletamento delle operazioni portuali, fatta salva l'utilizzazione degli immobili da parte di amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di funzioni attinenti ad attività marittime e portuali. È altresì sottoposta a concessione da parte dell'Autorità portuale, e laddove non istituita dall'autorità marittima, la realizzazione e la gestione di opere attinenti alle attività marittime e portuali collocate a mare nell'ambito degli specchi acquei esterni alle difese foranee anch'essi da considerarsi a tal fine ambito portuale, purché interessati dal traffico portuale e dalla prestazione dei servizi portuali anche per la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo, come individuati ai sensi dell'articolo 4, comma 3. Le concessioni sono affidate, previa determinazione dei relativi canoni, anche commisurati all'entità dei traffici portuali ivi svolti, sulla base di idonee forme di pubblicità, stabilite dal Ministro dei trasporti e della navigazione, di concerto con il Ministro delle finanze, con proprio decreto. Con il medesimo decreto sono altresì indicati:</p> <p>a) la durata della concessione, i poteri di vigilanza e controllo delle Autorità concedenti, le modalità di rinnovo della concessione ovvero di cessione degli impianti a nuovo concessionario;</p> <p>b) i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare.</p> <p>1-bis. Sono fatti salvi, fino alla scadenza del titolo concessorio, i canoni stabiliti dalle autorità portuali relativi a concessioni già assentite alla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 1</p>	<p>1. L'articolo 18 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, è sostituito dal seguente: «Articolo 18. (Concessione di aree e banchine)</p> <p>1. L'autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità competente, compatibilmente con la necessità di riservare nell'ambito portuale spazi operativi per lo svolgimento delle operazioni portuali da parte di imprese non concessionarie, può concedere alle imprese di cui all'articolo 16, comma 3, l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di aree demaniali e banchine.</p>	<p>1. L'articolo 18 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, è sostituito dal seguente: «Articolo 18. (Concessione di aree e banchine)</p> <p>1. L'autorità portuale o, nei porti di categoria III, la regione o l'ente territoriale competente, compatibilmente con la necessità di riservare nell'ambito portuale spazi operativi per lo svolgimento delle operazioni portuali da parte di imprese non concessionarie, può concedere alle imprese di cui all'articolo 16, comma 3, l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di aree demaniali e banchine.</p>	<p>1. L'articolo 18 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, è sostituito dal seguente: «Art. 18. – (Concessione di aree e banchine). – 1. L'autorità portuale o, nei porti di categoria III, la regione o l'ente territoriale competente, compatibilmente con la necessità di riservare nell'ambito portuale spazi operativi per lo svolgimento delle operazioni portuali da parte di imprese non concessionarie, in conformità con quanto previsto dal piano regolatore, può concedere alle imprese di cui all'articolo 16, comma 3, l'occupazione e l'uso di aree demaniali e banchine.</p>

<p>2. Con il decreto di cui al comma 1 sono altresì indicati i criteri cui devono attenersi le autorità portuali o marittime nel rilascio delle concessioni al fine di riservare nell'ambito portuale spazi operativi allo svolgimento delle operazioni portuali da parte di altre imprese non concessionarie.</p>	<p>2. È altresì sottoposta a concessione da parte dell'Autorità portuale o, laddove non istituita, dell'autorità competente, la realizzazione e la gestione di opere attinenti ad attività marittime e portuali collocate a mare, nell'ambito degli specchi acquei esterni alle difese foranee, anch'essi da considerarsi a tal fine ambito portuale, purché interessati dal traffico portuale e dalla prestazione dei servizi portuali, anche per la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo.</p>	<p>2. È altresì sottoposta a concessione da parte dell'autorità portuale o, nei porti di categoria III, della regione o dell'ente territoriale competente, la realizzazione e la gestione di opere attinenti ad attività marittime e portuali collocate a mare, nell'ambito degli specchi acquei esterni alle difese foranee, anch'essi da considerarsi a tal fine ambito portuale, purché interessati dal traffico portuale e dalla prestazione dei servizi portuali, anche per la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo.</p>	<p>2. Identico.</p>
<p>3. Con il decreto di cui al comma 1, il Ministro dei trasporti e della navigazione adegua la disciplina relativa alle concessioni di aree e banchine alle normative comunitarie.</p>	<p>3. Ai fini della determinazione della durata delle concessioni, l'autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità competente, tiene conto dell'impegno del concessionario alla realizzazione di investimenti volti a valorizzare la qualità dei servizi da rendere all'utenza ovvero ad assumere a proprio esclusivo carico la realizzazione di opere portuali.</p>	<p>3. Ai fini della determinazione della durata delle concessioni, l'autorità portuale o, nei porti di categoria III, la regione o l'ente territoriale competente, tiene conto del programma di investimenti del concessionario volti a valorizzare la qualità dei servizi da rendere all'utenza ovvero ad assumere a proprio esclusivo carico la realizzazione di opere portuali.</p>	<p>3. Identico.</p>
<p>4. Per le iniziative di maggiore rilevanza, il presidente dell'autorità portuale può concludere, previa delibera del comitato portuale, con le modalità di cui al comma 1, accordi sostitutivi della concessione demaniale ai sensi dell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 .</p>	<p>4. L'atto di concessione contiene il termine, almeno biennale, per la verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi e delle altre condizioni che hanno determinato il rilascio del titolo, compresa la rispondenza dell'effettivo sviluppo e della qualità del servizio reso all'utenza alle previsioni dei piani di investimento di cui all'atto di concessione. Il medesimo atto di concessione contiene, altresì, le modalità di definizione ed approvazione degli eventuali programmi d'investimento del concessionario nella realizzazione di opere portuali, le sanzioni e le altre specifiche cause di decadenza o revoca della concessione, diverse da quelle generali previste dalle pertinenti norme del codice della navigazione.</p>	<p>4. Identico.</p>	<p>4. Identico.</p>
<p>4-bis. Le concessioni per l'impianto e l'esercizio dei depositi e stabilimenti di cui all'articolo 52 del codice della navigazione e delle opere necessarie per l'approvvigionamento degli stessi, dichiarati strategici ai sensi della legge 23 agosto 2004, n. 239, hanno durata almeno decennale.</p>			

<p>5. Le concessioni o gli accordi sostitutivi di cui al comma 4 possono comprendere anche la realizzazione di opere infrastrutturali.</p>	<p>5. L'atto di concessione è adottato all'esito di selezione effettuata tramite procedura di evidenza pubblica, nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza, imparzialità, proporzionalità, efficienza e parità di trattamento, previe idonee forme di pubblicità.</p>	<p>5. Identico.</p>	<p>5. Quando siano trascorsi i due terzi della durata della concessione, il concessionario che dia corso a investimenti in opere infrastrutturali e in opere o impianti di non facile rimozione ulteriori rispetto al programma di cui al comma 3 e oggetto di valutazione nella procedura di evidenza pubblica di cui al comma 7 può richiedere che la durata della concessione sia prorogata, da parte dell'autorità portuale, previa delibera del comitato portuale, acquisito il parere favorevole del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per un periodo proporzionale al rapporto fra gli ulteriori investimenti e quelli indicati nel programma di cui al comma 3 e oggetto di valutazione nella procedura di evidenza pubblica di cui al comma 7, purché non superiore a un terzo della durata inizialmente stabilita per la concessione.</p>
<p>6. Ai fini del rilascio della concessione di cui al comma 1 è richiesto che i destinatari dell'atto concessorio:</p> <p>a) presentino, all'atto della domanda, un programma di attività, assistito da idonee garanzie, anche di tipo fideiussorio, volto all'incremento dei traffici e alla produttività del porto;</p> <p>b) possiedano adeguate attrezzature tecniche ed organizzative, idonee anche dal punto di vista della sicurezza a soddisfare le esigenze di un ciclo produttivo ed operativo a carattere continuativo ed integrato per conto proprio e di terzi;</p> <p>c) prevedano un organico di lavoratori rapportato al programma di attività di cui alla lettera a).</p>	<p>6. Le disposizioni di cui al precedente comma 5 non si applicano agli spazi interclusi entro aree concesse ad un unico soggetto o ad esse attigue, le quali, a giudizio dell'autorità concedente, non siano suscettibili, trattandosi di superfici limitate e comunque non superiori ad un terzo dell'area attigua già concessa, di essere assegnate a diversi soggetti al fine dello svolgimento di un'attività imprenditoriale autonoma e connotata da criteri di maggiore economicità. Tali aree possono essere assegnate direttamente al soggetto concessionario delle aree ad esse attigue.</p>	<p>6. E' facoltà dell'autorità portuale, tenuto conto delle previsioni del piano operativo triennale, derogare alle disposizioni di cui al precedente comma 5, con riguardo a spazi interclusi entro aree concesse ad un unico soggetto o ad esse attigue, se a giudizio dell'autorità concedente le stesse aree intercluse o attigue non siano suscettibili, trattandosi di superfici limitate in relazione all'utilizzazione prevista, di essere assegnate a diversi soggetti al fine dello svolgimento di una attività imprenditoriale autonoma e connotata da criteri di economicità. Tali aree, con le modalità e previa verifica delle condizioni predette, possono essere assegnate direttamente al soggetto concessionario delle aree ad esse attigue.</p>	<p>6. A fronte di un programma di investimenti ulteriori il concessionario può richiedere, quando siano decorsi i due terzi della durata della concessione, che la procedura di evidenza pubblica per la riassegnazione dell'area sia anticipata rispetto alla scadenza naturale. Se la richiesta è accolta, la procedura deve essere avviata entro sei mesi dalla richiesta.</p>
<p>7. In ciascun porto l'impresa concessionaria di un'area demaniale deve esercitare direttamente l'attività per la quale ha ottenuto la concessione, non può essere al tempo stesso concessionaria di altra area demaniale nello stesso porto, a meno che l'attività per la quale richiede una nuova concessione sia differente da quella di cui alle concessioni già esistenti nella stessa area demaniale, e non può svolgere attività portuali in spazi diversi da quelli che le sono stati assegnati in concessione. Su motivata richiesta dell'impresa concessionaria, l'autorità concedente può autorizzare l'affidamento ad altre imprese portuali, autorizzate ai sensi dell'articolo 16, dell'esercizio di alcune attività comprese nel ciclo operativo</p>	<p>7. Le autorità portuali riferiscono con cadenza biennale al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in merito allo stato delle concessioni in atto ed in particolare al rispetto delle condizioni poste dall'atto di concessione. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sulla base delle relazioni ricevute, effettua il monitoraggio sull'utilizzazione delle aree portuali e può dettare, se del caso, indirizzi generali per la migliore fruizione delle aree demaniali ed adottare provvedimenti diretti all'osservanza delle condizioni poste dagli atti concessori.</p>	<p>7. Le autorità portuali o, nei porti di categoria III, la regione o l'ente territoriale competente, riferiscono con cadenza biennale al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in merito allo stato delle concessioni in atto ed in particolare al rispetto delle condizioni poste dall'atto di concessione. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sulla base delle relazioni ricevute, effettua il monitoraggio sull'utilizzazione delle aree portuali e può dettare, se del caso, indirizzi generali per la migliore fruizione delle aree demaniali ed adottare provvedimenti diretti all'osservanza delle condizioni poste dagli atti concessori.</p>	<p>7. L'atto di concessione è adottato all'esito di selezione effettuata tramite procedura di evidenza pubblica, nel rispetto dei principi europei di trasparenza, imparzialità, proporzionalità, efficienza e parità di trattamento, previe idonee forme di pubblicità.</p>

<p>8. L'autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità marittima sono tenute ad effettuare accertamenti con cadenza annuale al fine di verificare il permanere dei requisiti in possesso al momento del rilascio della concessione e l'attuazione degli investimenti previsti nel programma di attività di cui al comma 6, lettera a).</p>	<p>8. Le imprese che intendono partecipare alla procedura di cui al comma 5, oltre ai requisiti necessari per il rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 16, comma 3, documentano anche:</p> <p>a) un programma di attività, assistito da idonee garanzie anche fideiussorie, volto all'incremento dei traffici e della produttività del porto e gli eventuali investimenti programmati;</p> <p>b) un organico di lavoratori adeguato in relazione al programma di attività di cui alla lettera a);</p> <p>c) un apparato tecnico ed organizzativo adeguato, anche dal punto di vista della sicurezza, a soddisfare le esigenze di un ciclo produttivo ed operativo a carattere continuativo ed integrato, per conto proprio o di terzi. L'impresa richiedente, ove autorizzata, rimane comunque unica responsabile nei confronti dell'autorità portuale di interesse statale, per il rispetto degli obblighi e degli impegni derivanti dall'autorizzazione e dalla concessione, anche relativamente alle attività appaltate.</p>	<p>8. Identico.</p>	<p>8. È facoltà dell'autorità portuale, previa deliberazione motivata del comitato portuale, tenuto altresì conto delle previsioni del piano regolatore portuale e del piano operativo triennale, derogare alle disposizioni del comma 7 del presente articolo, con riguardo a spazi interclusi entro aree concesse ad un unico soggetto o ad esse attigue, se a giudizio dell'autorità concedente le stesse aree intercluse o attigue non siano suscettibili, trattandosi di superfici limitate in relazione alla utilizzazione prevista, di autonomo sfruttamento funzionale ovvero, nel caso in cui il piano regolatore portuale ne preveda la unitarietà di utilizzazione, di essere assegnate a diversi soggetti al fine dello svolgimento di una attività imprenditoriale autonoma e connotata da criteri di economicità. Tali aree, con le modalità e previa verifica delle condizioni predette, possono essere assegnate direttamente al soggetto concessionario delle aree ad esse attigue, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti riguardante la sussistenza dei requisiti di cui al presente comma.</p>
<p>9. In caso di mancata osservanza degli obblighi assunti da parte del concessionario, nonché di mancato raggiungimento degli obiettivi indicati nel programma di attività, di cui al comma 6, lettera a), senza giustificato motivo, l'autorità portuale o, laddove non istituita, l'autorità marittima revocano l'atto concessorio.</p>	<p>9. L'atto di concessione indica, inoltre, le modalità di calcolo, di rivalutazione e di versamento del relativo canone, il cui importo deve essere parametrato in ragione della prevedibile redditività, per il concessionario, dell'area o della banchina interessata ed in nessun caso può essere inferiore a quello derivante dall'applicazione della normativa nazionale in materia di concessioni di beni del demanio marittimo. Nel caso in cui sia ad esclusivo carico del concessionario la realizzazione di opere portuali, anche di grande infrastrutturazione, ovvero di strutture di difficile rimozione, l'importo del canone, ad esclusione dei casi in cui esso sia determinato nel predetto limite minimo, limitatamente alla zona interessata dalle opere, è ridotto secondo i criteri contenuti in apposito regolamento adottato dal comitato portuale. Comunque, in nessun caso, l'importo del canone può, per effetto delle riduzioni, essere determinato in misura inferiore al limite minimo.</p>	<p>9. Identico.</p>	<p>9. Le autorità portuali o, nei porti di categoria III, la regione o l'ente territoriale competente riferiscono con cadenza biennale al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in merito allo stato delle concessioni in atto e in particolare al rispetto delle condizioni poste dall'atto di concessione. Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sulla base delle relazioni ricevute, effettua il monitoraggio sull'utilizzazione delle aree portuali e può emanare indirizzi generali per la migliore fruizione delle aree demaniali.</p>
<p>9-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche ai depositi e stabilimenti di prodotti petroliferi e chimici allo stato liquido, nonché di altri prodotti affini, siti in ambito portuale</p>			

	<p>10. Se l'autorità portuale concede, ai sensi del presente articolo, aree e banchine sulle quali la stessa autorità o un precedente concessionario abbiano finanziato opere atte a valorizzare il bene demaniale, ivi compresi eventuali mezzi di movimentazione della merce, il canone non può essere soggetto alle riduzioni di cui al comma 9 ed è invece aumentato secondo criteri contenuti nell'apposito regolamento, adottato dal comitato portuale, di cui al predetto comma 9.</p>	<p>10. Se l'autorità portuale concede, ai sensi del presente articolo, aree e banchine sulle quali la stessa autorità o un precedente concessionario abbiano finanziato opere atte a valorizzare il bene demaniale, ivi compresi eventuali mezzi di movimentazione della merce, il canone non può essere soggetto alle riduzioni di cui al comma 9 ed è invece aumentato secondo criteri contenuti nell'apposito regolamento, adottato dal comitato portuale, di cui al citato comma 9.</p>	<p>10. Le imprese che intendono partecipare alla procedura di cui al comma 7, oltre ai requisiti necessari per il rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 16, comma 3, documentano anche:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) un programma di attività, assistito da idonee garanzie anche fideiussorie, volto all'incremento dei traffici e della produttività del porto e gli eventuali investimenti programmati; b) un organico di lavoratori adeguato in relazione al programma di attività di cui alla lettera a); c) un apparato tecnico e organizzativo adeguato, anche dal punto di vista della sicurezza, a soddisfare le esigenze di un ciclo produttivo e operativo a carattere continuativo e integrato, per conto proprio o di terzi. L'impresa richiedente, ove autorizzata, rimane comunque unica responsabile nei confronti dell'autorità portuale di interesse statale o, ove non istituita, dell'autorità competente, per il rispetto degli obblighi e degli impegni derivanti dall'autorizzazione e dalla concessione, anche relativamente alle attività appaltate.
	<p>11. L'impresa concessionaria esercita direttamente l'attività oggetto della concessione. All'atto dell'assentimento della concessione il soggetto concessionario deve indicare la struttura di controllo soggettiva. In caso di modifica delle partecipazioni nell'ambito di tale struttura, il concessionario ha l'obbligo di preventiva informazione nei confronti dell'autorità portuale, la quale potrà indicare eventuali ragioni che essa ravvisi discendere sul rapporto concessionario ai fini del suo mantenimento e/o della sua revoca. L'autorità portuale può autorizzare l'affidamento a terzi in subconcessione di una parte limitata delle aree al fine dello svolgimento di attività secondarie, nell'ambito della stessa concessione, non coincidenti con quelle ricomprese nel ciclo delle operazioni portuali o con i servizi portuali di cui all'articolo 16, comma 1. Su motivata richiesta dell'impresa concessionaria, l'autorità concedente può comunque autorizzare l'affidamento ad altre imprese portuali, autorizzate ai sensi dell'articolo 16, dell'esercizio di alcune attività non preponderanti comprese nel ciclo operativo ovvero lo svolgimento dei servizi portuali di cui al comma 1 del medesimo articolo 16. L'impresa autorizzata, ai sensi dell'articolo 16, a cui è affidato, previa autorizzazione dell'autorità concedente, l'esercizio di alcune attività non preponderanti comprese nel ciclo operativo, esercita pienamente il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati e deve disporre delle professionalità e delle attrezzature specifiche corrispondenti alle esigenze tecniche ed operative dell'attività che svolge.</p>	<p>11. L'impresa concessionaria esercita direttamente l'attività oggetto della concessione. All'atto del rilascio della concessione il soggetto concessionario deve indicare la struttura di controllo soggettiva. In caso di modifica delle partecipazioni nell'ambito di tale struttura, il concessionario ha l'obbligo di preventiva informazione nei confronti dell'autorità portuale, la quale potrà indicare eventuali ragioni che essa ravvisi discendere sul rapporto concessionario ai fini del suo mantenimento o della sua revoca. L'autorità portuale può autorizzare l'affidamento a terzi in subconcessione di una parte limitata delle aree al fine dello svolgimento di attività secondarie, nell'ambito della stessa concessione, non coincidenti con quelle ricomprese nel ciclo delle operazioni portuali o con i servizi portuali di cui all'articolo 16, comma 1. Su motivata richiesta dell'impresa concessionaria, l'autorità concedente può comunque autorizzare l'affidamento ad altre imprese portuali, autorizzate ai sensi dell'articolo 16, dell'esercizio di alcune attività non preponderanti comprese nel ciclo operativo ovvero lo svolgimento dei servizi portuali di cui al comma 1 del medesimo articolo 16. L'impresa autorizzata, ai sensi dell'articolo 16, a cui è affidato, previa autorizzazione dell'autorità concedente, l'esercizio di alcune attività non preponderanti comprese nel ciclo operativo, esercita pienamente il</p>	<p>11. L'atto di concessione indica altresì le modalità di calcolo, di rivalutazione e di versamento del relativo canone, il cui importo è parametrato in ragione della prevedibile redditività, per il concessionario, dell'area o della banchina interessata e in nessun caso può essere inferiore a quello derivante dall'applicazione della normativa nazionale in materia di concessioni di beni del demanio marittimo. Nel caso in cui sia ad esclusivo carico del concessionario la realizzazione di opere portuali, anche di grande infrastrutturazione, ovvero di strutture di difficile rimozione, l'importo del canone, ad esclusione dei casi in cui esso sia determinato nel predetto limite minimo, limitatamente alla zona interessata dalle opere, è ridotto secondo i criteri contenuti in apposito regolamento adottato dal comitato portuale. Comunque, in nessun caso l'importo del canone può, per effetto delle riduzioni, essere determinato in misura inferiore al limite minimo.</p>

		potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati e deve disporre delle professionalità e delle attrezzature specifiche corrispondenti alle esigenze tecniche ed operative dell'attività che svolge.	
	<p>12. L'autorità portuale, nell'ambito dei poteri di concessione, garantisce il rispetto dei principi della concorrenza, in modo da escludere qualsiasi comportamento pregiudiziale per l'utenza. L'impresa concessionaria in un porto non può essere al tempo stesso concessionaria di altra area demaniale dello stesso porto, a meno che l'attività per la quale richiede una nuova concessione sia differente da quella di cui ha la concessione già esistente. È facoltà dell'autorità concedente, previa deliberazione del comitato portuale, tenuto conto delle previsioni del piano regolatore portuale e sulla base delle evoluzioni attese e dei traffici, derogare a quanto previsto al secondo periodo del presente comma, ferma restando la necessità di garantire nei porti il rispetto della concorrenza e la pluralità delle imprese operanti per le diverse tipologie di traffico.</p>	<p>12. L'autorità portuale, nell'ambito dei poteri di concessione, garantisce il rispetto dei principi della concorrenza, in modo da escludere qualsiasi comportamento pregiudiziale per l'utenza. L'impresa concessionaria in un porto non può essere al tempo stesso concessionaria di altra area demaniale dello stesso porto, a meno che l'attività per la quale richiede una nuova concessione sia differente da quella di cui ha la concessione già assentita. È facoltà dell'autorità concedente, previa deliberazione del comitato portuale, tenuto conto delle previsioni del piano regolatore portuale e sulla base delle evoluzioni attese e dei traffici, derogare a quanto previsto al secondo periodo del presente comma, ferma restando la necessità di garantire nei porti il rispetto della concorrenza e la pluralità delle imprese operanti per le diverse tipologie di traffico.</p>	<p>12. Se l'autorità portuale concede, ai sensi del presente articolo, aree e banchine sulle quali la stessa autorità o un precedente concessionario abbiano finanziato opere atte a valorizzare il bene demaniale, ivi compresi eventuali mezzi di movimentazione della merce, il canone non può essere soggetto alle riduzioni di cui al comma 11 ed è invece aumentato secondo criteri contenuti nell'apposito regolamento, adottato dal comitato portuale, di cui al medesimo comma 11.</p>

	13. Le autorità portuali, entro centottanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, sono tenute ad emanare un regolamento che, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, determini criteri e condizioni per il rilascio delle concessioni e per la determinazione dei relativi canoni.	13. Identico.	13. L'impresa concessionaria esercita direttamente l'attività oggetto della concessione. All'atto del rilascio della concessione il soggetto concessionario deve indicare la struttura di controllo soggettiva. In caso di modifica delle partecipazioni nell'ambito di tale struttura, il concessionario ha l'obbligo di preventiva informazione nei confronti dell'autorità portuale, la quale può indicare eventuali ragioni che essa ravvisi discendere sul rapporto concessionario ai fini del suo mantenimento o della sua revoca. L'autorità portuale può autorizzare l'affidamento a terzi in subconcessione di una parte limitata delle aree al fine dello svolgimento di attività secondarie, nell'ambito della stessa concessione, non coincidenti con quelle ricomprese nel ciclo delle operazioni portuali o con i servizi portuali di cui all'articolo 16, comma 1. Su motivata richiesta dell'impresa concessionaria, l'autorità concedente può comunque autorizzare l'affidamento ad altre imprese portuali, autorizzate ai sensi dell'articolo 16, dell'esercizio di alcune attività non preponderanti comprese nel ciclo operativo non coincidente con le operazioni di sbarco o imbarco ovvero lo svolgimento dei servizi portuali di cui al comma 1 del medesimo articolo 16. L'impresa autorizzata, ai sensi dell'articolo 16, a cui è affidato, previa autorizzazione dell'autorità concedente, l'esercizio di alcune attività non preponderanti comprese nel ciclo operativo, esercita pienamente il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati e deve disporre delle professionalità e delle attrezzature specifiche corrispondenti alle esigenze tecniche e operative dell'attività che svolge.
	14. Le concessioni assentite in data anteriore all'entrata in vigore della presente legge restano efficaci nella loro attuale configurazione e, alla loro scadenza, dovranno essere adeguate alle norme della presente legge».	14. Le concessioni assentite in data anteriore alla data di entrata in vigore della presente disposizione restano efficaci nella loro attuale configurazione fino alla loro scadenza.».	14. L'autorità portuale, nell'ambito dei poteri di concessione, garantisce il rispetto dei principi della concorrenza, in modo da escludere qualsiasi comportamento pregiudiziale per l'utenza. L'impresa concessionaria in un porto non può essere al tempo stesso concessionaria di altra area demaniale dello stesso porto, a meno che l'attività per la quale richiede una nuova concessione sia differente da quella di cui ha la concessione già assentita. È facoltà dell'autorità concedente, previa deliberazione del comitato portuale, tenuto conto delle previsioni del piano regolatore portuale e sulla base delle evoluzioni attese e dei traffici, derogare a quanto previsto al secondo periodo del presente comma, ferma restando la necessità di garantire nei porti il rispetto della concorrenza e la pluralità delle imprese operanti per le diverse tipologie di traffico.
			15. Le autorità portuali, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, adottano un regolamento che, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, determini criteri e condizioni per il rilascio delle concessioni e per la determinazione dei relativi canoni.
			16. Le concessioni assentite in data anteriore alla data di entrata in vigore della presente disposizione restano efficaci nella loro attuale configurazione fino alla loro scadenza».

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV, *Atti del Convegno di "Studi sulla funzione economica dei porti con particolare riguardo a quelli industriali": Tavola Rotonda di Venezia, 29.11-1.12.1963*, Roma, 1964.
- AA.VV, *Atti del Convegno di studi sugli aspetti giuridici ed economici della produttività dei porti - M/n Franca C 26-30 giugno 1962 / organizzato dal Centro italiano di studi amministrativi e dall'Unione italiana delle Camere di commercio industria e agricoltura con l'adesione del Consiglio nazionale della economia e del lavoro e la collaborazione della rassegna Il Consiglio di Stato*, Roma – Italedi, 1962.
- G. ACQUARONE, *Il Piano Regolatore delle Autorità Portuali*, Milano, 2009.
- G. ACQUARONE, *Le attività di promozione, programmazione e regolazione delle autorità portuali*, in *Dir. mar.*, 2008, 708.
- L. ACQUARONE, *Aspetti pubblicistici della disciplina delle imprese portuali*, in *Riv. dir. nav.*, 1967, I, 3.
- L. ACQUARONE, *Demanio marittimo e porti*, in *Dir. mar.*, 1983, 82.
- L. ACQUARONE, *La concessione di porti e impianti portuali per il naviglio da diporto*, *Scritti, in onore di M. Casanova*, Milano, 1971, p. 46 ss
- C. ANGELONE, *La delega alle Regioni delle funzioni amministrative sul demanio marittimo: profili problematici attuativi*, in *Dir. Trasp.*, 1991, 747.
- C. ANGELONE, *Profili evolutivi della disciplina delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo: durata, finalità, competenze*, in *Dir. Trasp.*, 1999, 807.
- C. ANGELONE, *Istanza di concessione demaniale marittima e procedimento amministrativo*, in *Dir. mar.*, 2009, 218.
- C. ANGELONE, *I piani demaniali marittimi tra contenuti urbanistici e finalità settoriali turistiche*, in *Dir. mar.*, 2010, 209.
- I. ARROYO, *Privado y público en los puertos españoles*, in *Dir. mar.* 2000, 404.
- M. BARBIERI, *Lavoro portuale*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, VIII, Torino, 1992, 44.
- F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo fra passato e futuro*, in *Riv. Dir. nav.*, 1965, I, 154.
- L. BENVENUTI, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, 2012.
- F. BERLINGERI, *Note sulla legge 28 gennaio 1994, n. 84 su riordino della legislazione in materia portuale*, in *Dir. mar.*, 1994, 238.
- F. BERLINGERI, *Modelli di gestione portuale*, in *Dir. mar.*, 1984, 399.
- F. BERLINGERI, *Una decisione errata e inopportuna*, in *Dir. mar.*, 1992, 745.
- M. BENNICI, *La governance regionale dei porti italiani: la legge 84/1994 e le sue proposte di riforma*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2006, 121.
- J. BEURIER (a cura di), *Droits marittimes*, 2009-2010, ed. Dalloz.
- G. BOI, *L'Autorità marittima e l'Autorità portuale*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, VII, 2009.
- G. BOI, *Attività portuali e terminals secondo la normativa legale*, in *Economia e diritto del terziario*, 2000, 83.
- M. BRIGNARDELLO, *Operazioni portuali e deposito "minore"*, in *Dir. mar.*, 2002, 1097.
- M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Riv. Dir. Nav.*, 2010, II, 467.
- M. BRIGNARDELLO, *La politica portuale alla luce della nuova proposta di direttiva europea*, in *Dir. mar.*, 2001, 1314.
- E. BRUTILIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001.
- E. BRUTILIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano 1996.

- V. CASTRONOVO, *Storia Economica d'Italia*, Torino, 2006.
- G. CAMARDA, S. CORRIERI, T. SCOVAZZI, *La riforma del diritto marittimo nella prospettiva storica*, Milano, 2010.
- CAIANIELLO V., *I piani regolatori dei porti nel quadro della pianificazione urbanistica: competenze statali, regionali e comunali*, in *Quaderni regionali*, 1986, 463.
- M. CASANOVA, *Note sulla legge n. 84 del 1994 di riordino della legislazione in materia portuale*, in *Economia e diritto del terziario*, 2000, 311.
- M. CASANOVA, *Considerazioni sulla demanialità dei porti*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, 2010, 319.
- M. CASANOVA, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano, 1986.
- S.M. CARBONE, *La privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *Diritto Unione Europea*, 2000, 1, 1.
- S.M. CARBONE – F. MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2006.
- F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice e regolamento unico dei contratti pubblici*, 2011, Dike Giuridica Editore.
- M. CAMPAILLA, *Le operazioni portuali*, Bologna, 2004.
- A. CARULLO, *La concessione di costruzione e gestione*, in *Riv. Trim. app.*, 1993, 335 e ss.
- S.M. CARBONE – F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia, risultati e prospettive*, in *Dir. mar.*, 1994, 3.
- S.M. CARBONE, *Dalla riserva di lavoro portuale all'impresa terminalista tra diritto interno, diritto comunitario e diritto internazionale uniforme*, in *Dir. mar.*, 1992, 599S.M.
- CARBONE, *Gli L'equilibrio tra Autorità portuale e mercato*, in *dir. trasp.*, 1994, 809.
- S.M. CARBONE – D. MARESCA, *Prospettive di riforma della legislazione in materia portuale*, in *Quad. reg.*, 2009, 3 1007.
- S.M. CARBONE, *Compagnie: vecchie e nuove*, in *Dir. mar.*, 1998, 235.
- E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005.
- S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 4, 355.
- CERVETTI A., *Rilevanza dei principi comunitari sul giudizio di legittimità del provvedimento di autorizzazione all'esercizio di attività di impresa per operazioni portuali i conto terzi*, in *Dir. mar.*, 1997, 197.
- A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003.
- CINTIOLI F., *Problemi e prospettive della disciplina dei porti. I profili di diritto comunitario "oltre la concorrenza"*, in www.giustamm.it.
- M.L. CORBINO, *Le operazioni portuali*, Padova, 1979.
- M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo, Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990.
- R. CUNHA MARQUES – A. FONSECA, *Market structure, privatisation and regulation of Portuguese seaports*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 37:8, 145-161.
- R. CORI, *La concessione di servizi*, in www.giustamm.it.
- F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 11, 1170
- M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, 1981.
- M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, vol. VII, Roma 1988, 1.
- F. D'ANIELLO, *Porti*, in *Nss. dig. it.*, XIII, 1966, 292.
- DE VERGOTTINI G., *Le competenze in materia di porti alla luce della riforma della Costituzione*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 593.
- G. DE MARZO, *Concessioni pubbliche, Urb. e app.*, 2012, 3, 317
- V. DONATIVI, *Autoproduzione e concorrenza nel sistema portuale – il servizio di rimorchio*, Milano, 1993, 193 ss.
- G. DUCA, *Art. 18 l. 84/94 e accordi sostitutivi della concessione demaniale ai sensi dell'art.*

- 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241: il caso "Multipurpose", in *Dir. mar.*, 2009, 764.
- G. FALZEA, *Porto e funzione portuale. Premessa ad uno studio del bene porto*, Milano, 1998.
- S. FARRELL, *The ownership and management structure of container terminal concessions*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 39:1.
- R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano 1985.
- F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, voce dell'*Enciclopedia del Diritto*, Annali I, Milano, 2007, 250.
- F. FRACCHIA, *Concessioni, contratti e beni pubblici*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione (a cura di A. Police)*, Milano, 2008, 493 ss.
- F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998;
- U. FRAGOLA, *L'ordinamento corporativo del lavoro portuale e le compagnie delle Maestranze*, in *Riv. dir. nav.* 1938, II, 30.
- D. GENNARI, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla natura giuridica delle autorità portuali*, in *Diritto dei Trasporti*, 2003, 571.
- D. GAETA, *Sorte delle opere costruite sul demanio marittimo*, in *Dir. trasp.*, 1993, 27..
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.
- M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000.
- M. GRIGOLI, *Riflessioni su un primo modello operativo circa l'assetto del nuovo ordinamento portuale*, in *Dir. mar.*, 1996, 635.
- G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.
- G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381.
- T. GRECO – M. GRECO, *La storia immutata delle valli da pesca dalla Serenissima ad oggi*, in *Corriere Giur.*, 2011, 6, 799.
- E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova 1934,
- E. GUICCIARDI, *I procedimenti per concessioni sul demanio marittimo*, in *Giur.it.*, 1962, III, 33.
- E. GUICCIARDI, *Il caso della «Butterfly» e la competenza giurisdizionale*, in *Giur. It.*, 1967, I, 2, 48 ss.
- C. GUCCIONE, *La comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2000, 12, 1253.
- C. GUCCIONE, *Le concessioni di servizi pubblici: la «circolare buttiglione» e gli orientamenti comunitari e nazionali*, *Giornale Dir. Amm.*, 2002, 9, 1005.
- G. IMPALLOMENI, *L'ammissibilità della proprietà privata sulle darsene interne*, in *Riv. Dir. Civ.*, Padova, 1975, 482 ss.
- G. IMPALLOMENI, *Le rade, i porti, le darsene e le opera a terra*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 1182 ss.
- C. INGRATOCCI, *La concessione di aree e banchine*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, V, 2007.
- G. LOMBARDI, *La disciplina giuridica del lavoro portuale*, Genova, 1977.
- A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2011.
- R. LONGOBARDI, *I porti marittimi*, Torino, 1997,
- L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001.
- MANGANARO F., *Il porto da "bene demaniale" ad "azienda"*, in *I beni pubblici (a cura di A. Police)*, 2008, 247.
- D. MARESCA, *La libera prestazione dei servizi resi dai concessionari delle aree portuali*, in *Dir. mar.*, 2012, 288.
- M. MARESCA, *Il riparto delle competenze legislative nell'ordinamento italiano con riguardo alla materia del trasporto e dei porti. L'incidenza dei principi fondamentali e degli obblighi internazionali*, in *Dir. comm. internaz.*, 2003, 273.

- M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2001.
- S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 2, 365.
- M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione, rapporti collegati e concentrazione delle tutele*, in *Giur. It.*, 2012, 6.
- L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. ROVERSI MONACO - F. G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2006.
- D. MACK SMITH, *Storia d'Italia dal 1861 al 1997*, Bari, 1998.
- MEDINA C., *Note sull'ambito della riserva alle compagnie portuali dell'esecuzione delle operazioni nei porti*, in *Il Diritto marittimo*, 1986, 366.
- N. MERLO, *Sulla distinzione tra autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. dir. Nav*, 1952, II, 92.
- C. MONTEBELLO, *Decentramento regionale e riforme portuali*, in *Diritto dei Trasporti*, 2001, 589 ss.C. MORGANA CASCIONE *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. It.*, 2011, 12.
- MONTEBELLO C., *Il composito quadro dei "servizi portuali" e le regole della concorrenza*, in *Dir. mar.*, 2002, 554.
- A. MORINI, *Compagnie portuali: tra attività d'impresa e monopolio*, in *Dir. mar.*, 1991, 454.
- C. MUCIO, *Illegittima l'escussione della cauzione provvisoria ove non prevista dal bando*, in *Urb. e app*, 2002, 9, 1079.
- F. MUNARI, *I primi quindici anni della L. n. 84 del 1994. Esperienze, valutazioni e alcuni suggerimenti*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, 2010, 767.
- F. MUNARI, *Appalto di lavoro e servizi portuale ad alto contenuto di manodopera. Problemi e prospettive di modifica della L. n. 84/94*, in *Dir. mar.*, 1998, 1062.
- F. MUNARI, *Assetti e modelli organizzativi delle operazioni portuali e dei servizi ad esse connessi alla luce delle disposizioni della legge 30 giugno 2000, n. 186*, in *Dir. mar.*, 1998, 1062.
- F. MUNARI, *La trasformazione dei porti da aree demaniali portuali a mercati: amministrazione e gestione delle aree portuali tra sussidiarietà e privatizzazione*, in *Dir. mar.*, 2004, 374.
- F. MUSSINI, *La "privatizzazione" del lavoro portuale: dalla riserva delle operazioni portuali alla libera concorrenza*, in *Dir. mar.*, 1997, 390.
- T. NOTTEBOOM – P. VERHOEVEN, *The awarding of seaport terminals to private operators: European practices and policy implications*, in *European Transports/Trasporti Europei*, Trieste, Agosto 2010, 85.
- G.F. NICODEMO, *Concessione di beni pubblici e giurisdizione: il G.A. conosce solo degli interessi legittimi*, in *Urb. App.*, 2012, 4, 201.
- T. NOTTEBOOM – P. VERHOEVEN – M. FONTANET, *Current practices in European ports on the awarding of seaport terminals to private operators: toward an industry good practice guice*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 39:1.
- T.E. NOTTEBOOM, *Concession agreements as port governance tools*, in *Transportation Economics*, 2007, Vol. 17, 437–455.
- T.E. NOTTEBOOM – A.A. PALLIS – S. FARRELL, *Terminal concessions in seaport revised*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 39:1, 1-5.
- M. OLIVI, *La proprietà dei porti turistici*, in *Foro amm. Cds*, 2009, 11, 2685.
- M. OLIVI, *La condizione giuridica delle valli salse da pesca a sessant'anni dal codice della navigazione (nota a Tribunale Venezia – Sez. stralcio, 10 maggio 2004, n. 883, 15 dicembre 2003, n. 3220, 31 marzo 2003, n. 786)*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, n. 4/2004, 244.

- E. ORRÙ, *La disciplina dei servizi portuali negli Stati membri dell'Unione Europea. Un'analisi comparativa*, Bologna, 2005.
- F. PACCIANI - G. LOFFREDA, *Sulle modalità di affidamento in concessione delle aree del demanio marittimo all'interno dei porti commerciali*, in *Dir. trasp.*, 2009, 65.
- L. PARINI, *Legislazione e Regolamenti portuali (Il diritto Portuale Corporativo) - Lo stivaggio del carico*, Milano, 1940.
- G. PERICU, *Porto (navigazione marittima)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, XXXIV, 424.
- G. PESCATORE, *Natura giuridica delle attività delle cd. «imprese portuali»*, in *Riv. dir. nav.*, 160.
- C. PIACENTINI, *La concessione di lavori pubblici dopo la "Merloni-ter"*, in *Urb. App.*, 1999, 365 ss.
- PIERANTOZZI G., *Ancora sulla natura delle Autorità Portuali: un parere controcorrente*, in *Dir. mar.*, 2009 ??, 163.
- G. PIOLA, *Porti, fari, lidi e spiagge*, in *Dig. It.*, XVIII, Torino 1906-1912, 1238 ss.
- A. POLICE, *Il federalismo demaniale: valorizzazione nei territori o dismissioni locali?*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 12, 1233 ss.
- PRETE S., *Profili procedimentali e criteri di preferenza nel concorso di domande di rilascio di concessione demaniale marittima*, in *Dir. mar.*, 2009, 1095.
- M. PROTTO *Contratti misti e primi scricchiolii della pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. App.*, 2010, 7, 781.
- H. N. PSARAFTIS - A. A. PALLIS, *A Concession of the Piraeus container terminal: turbulent times and the quest for competitiveness*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 39:1, 27-43.
- F.A. QUERCI, *Il lavoro portuale in Italia*, in *Dir. mar.*, 1983, 98.
- F.A. QUERCI, *Lavoro portuale*, in *Enc. del diritto*, Milano, 1973, 469.
- F.A. QUERCI, *Il lavoro portuale*, Milano, 1972.
- F.A. QUERCI, *Diritto della Navigazione*, Padova, 1989.
- F.A. QUERCI, *Note sui procedimenti per concessioni sul demanio marittimo*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1962, 311.
- E.O. QUERCI, *Le concessioni di beni demaniali marittimi e la legge 7 agosto 1990, n. 241. Modificazioni procedimentali*, Modena, 1996.
- L. RAGGI, *Facoltà regolamentari relativamente all'uso di cose patrimoniali dell'Amministrazione*, in *Foro it.*, 1907, III, 117.
- E. REDENTI, *Sull'uso generale dei beni demaniali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1908.
- M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004.
- E. ROBALDO, *Commento all'art. 19*, in AA.VV., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, Milano, 479.
- A. ROMAGNOLI, *Il piano regolatore portuale*, in *Diritto dei Trasporti*, 2003, 61 ss.
- R. RUSSO, *Sulla natura delle imprese di imbarco e sbarco nei porti* in *riv. dir. Nav.*, 302.
- L. SALOMONE, *Concessioni demaniali su aree portuali e Titolo V della Costituzione: rilievo della "vocazione" turistica dell'area e riparto di competenze tra Stato e Regione*, in *Il Diritto marittimo*, 2009, 533.
- A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989,
- G. SANTANIELLO, *Evoluzione della legislazione sui beni e sulle opere del demanio marittimo*, in A.M. SANDULLI, *I lavori pubblici*, Vicenza, 1967, 267.
- D. SARACE - C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, III, 301.
- A. SCHIAVON, *Le acque della Serenissima: diritti privati e ragioni pubbliche nella legislazione veneziana*, in *Dialoghi del diritto, dell'avvocatura, della giurisdizione*, n. 4/2004, 235.
- F. G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, 431..
- H. SIEMONSMA – W. VAN NUS – P. UYTTENDAELE, *Awarding of Port PPP contracts: the added value of a competitive dialogue procedure*, in *Maritime Policy Management: The*

flagship journal of international shipping and port research, 39:1, 63-78 (v., in particolare, 67 ss.).

G. SIRIANNI, *L'ordinamento portuale*, Milano, 1981.

G. SIRIANNI, *I porti marittimi*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, tomo III, 2a ed., Milano, 2005, 2546 ss.

SPASIANO M., *L'uso dei beni in concessione per finalità non rispondenti a bisogni di interesse generale*, in *I beni pubblici* (a cura di A. POLICE), 2008, 508.

A. SPINNATO – L. B. COMAS – B. FORTE, *La nuova legge spagnola n. 33/2010 del 5 agosto, che modifica la legge 48/2003 del 26 novembre, sul regime economico e di prestazione di servizi nei porti di interesse generale* in *dir. mar.* 2011, 693.

G. TACCOGNA, *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2000.

G. TACCOGNA, *L'infrastrutturazione dei porti: competenze e procedure di affidamento*, in *Economia e diritto del terziario*, 2000, 109.

G. TACCOGNA, *L'indennizzo nella revoca delle concessioni demaniali marittime*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, 2010, 997.

G. TACCOGNA, *Organizzazione amministrativa e concorrenza nelle operazioni portuali*, in *Il Diritto marittimo*, 2000, 585.

G. TACCOGNA, *L'assentimento dei terminal portuali: riparto della potestà normativa tra Stato e Regioni; procedure e criteri di organizzazione*, in *Quad. reg.*, 2009, 3, 933.

G. TACCOGNA, *Questioni in tema di gare per le concessioni relative a terminal portuali: grandi compendi e partecipazione dei concessionari di terminal contigui*, in *Dir. mar.*, 2011, 3, 915.

G. TELLARINI, *I porti e le classificazioni*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2009.

B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008.

B. TOVAR - L. TRUJILLO – S. JARA-DÍAZ, *Organization and regulation of the port industry: Europe and Spain*, in <http://www.globalcitizen.net>.

D. TRAINA - D. URANIA GALETTA, *Trasporti marittimi e porti*, in M. CHITI – G. GRECO. *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2111-2172.

L. TULLIO, *Spunti sull'esercizio di operazioni e servizi portuali per conto proprio*, in *Dir. trasp.*, 2010, 57 ss.

M. VALBONESI, *Le concessioni amministrative di beni demaniali marittimi*, in *Funzione amm.*, 1993, 559.

M. VALENTE, *Autorità portuale ed enti locali a dieci anni dalla riforma portuale*, in *Diritto dei Trasporti*, 2004, 435.

G. VALERIO, *La disciplina dei contratti misti nella "Merloni-ter"* in *Urb. App.*, 1999, 5, 475.

E. VAN HOOYDONK, *Legal aspects of port competition*, in M. HUYBRECHTS et al (eds.), *Port Competitiveness, An economic and legal analysis of the factors determining the competitiveness of seaports*, Uitgeverij De Boeck, Antwerp, 2002, 129.

E. VAN HOOYDONK, *The law ends where the port area begins: on the anomalies of port law*, Anversa, 2010.

E. VAN HOOYDONK, *The regime of port authorities under European law including an analysis of the Port Services Directive in European Seaports Law. EU Law of Ports and Port Services and the Ports Package*, Antwerp/Apeldoorn, Maklu, 2003, 79–185 (oltre che in *Liber amicorum R. Roland*, Brussels, Larcier, 2003, 467–570).

E. VAN HOOYDONK, *Prospects after the rejection of the european port services directive*, in *Il diritto marittimo*, 2004, 852.

E. VAN HOOYDONK, *The European Port Services Directive: The Good or The Last Try ?*, in *Dir. mar.*, 2006, 191.

L. M. VAN DER LUGT - P. W. DE LANGEN, *Port authority strategy: beyond the landlord a conceptual approach*, in <https://www.researchgate.net>.

- L. M. VAN DER LUGT - R. W. DEN BERG – A. WILLEUMIER, *A new approach to granting terminal concession: the case of the Rotterdam World Gate terminal*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 39:1, 79-90.
- P. VERHOEVEN, *European port policy: meeting contemporary governance challenges*, in *Maritime Policy Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 31:1.
- G. VERMIGLIO, *Porti e reti di trasporto e di navigazione tra Stato e Regioni (dopo la modifica del Titolo V della Costituzione)*, in *Dir. Trasp.*, 2003, 449
- G. VEZZOSO, *Le occasioni mancate di una proposta di riforma portuale* in *Dir. mar.*, 2010, 407.
- M. VERNOLA, *Direttiva servizi portuali: motivi di un naufragio*, in *Dir. mar.*, 2006, 778.
- R. VILLATA, *I servizi pubblici*, Milano 2008.
- E. VINCENZINI, *Una realtà portuale e una figura giuridica nascente: il terminal operator*, in *Dir. trasp.*, 1989, II, 61.
- S. ZUNARELLI, *I servizi portuali di interesse generale nella disciplina della legge 28 gennaio 1994, n. 84*, in *Dir. trasp.*, 1995, 441.