



**IL LEGISLATORE INTERVIENE (ANCORA) IN MATERIA DI DEMANIO MARITTIMO.
PROBLEMI DI COSTITUZIONALITÀ E “TENUTA COMUNITARIA” NEL
BILANCIAMENTO TRA TUTELA DELL’AFFIDAMENTO, LIBERA CONCORRENZA E
PARITÀ DI TRATTAMENTO**

di

Antonio Greco

(Professore di Diritto pubblico, Università di Trieste)

6 luglio 2011

1. Il difficile rapporto tra diritto interno e principi comunitari. 2. I profili di incostituzionalità. 3. La novella del Decreto Sviluppo. 4. Riflessioni de iure condendo.

1. Il difficile rapporto tra diritto interno e principi comunitari

I principi comunitari in tema di libertà di stabilimento e tutela della concorrenza¹ hanno di recente indotto il legislatore, statale e regionale, a intervenire ripetutamente nella disciplina dell'occupazione e dell'uso del demanio marittimo².

¹ Artt. 43, 49, 81 Trattato CE, Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, “Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno”(cd. “Direttiva Bolkestein”), recepita dal Decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, “Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno”.

La necessità di novellare la regolamentazione del Codice della navigazione³ in materia di concessioni demaniali, in particolare, si è palesata come non procrastinabile sin dall'entrata in vigore della cd. "Direttiva Bolkestein". Quest'ultima⁴ infatti prevede che, nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato in ragione della scarsità delle risorse naturali – come accade per l'occupazione e l'uso del demanio marittimo – gli Stati membri debbano attivare una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti le garanzie di imparzialità e trasparenza. Altro principio cardine ivi fissato, e specificato dalla Commissione europea anche in tema di concessioni del demanio marittimo⁵, attiene alla limitazione della durata dell'autorizzazione, con il corollario del divieto del rinnovo automatico della stessa a favore del prestatore uscente.

Lo Stato italiano è rimasto a lungo inottemperante ai principi comunitari, mantenendo vigente il cd. "principio di insistenza" sancito dall'art. 37 co. 3 del Codice della navigazione a norma del quale, in sede di rinnovo, era data preferenza alle concessioni già rilasciate sulle nuove istanze. La ragione dell'inerzia statale è ravvisabile in una evidente ragione di politica legislativa, relativa all'opportunità di tutelare gli investimenti dei "gestori uscenti" i quali, sulla scorta della considerevole durata delle concessioni detenute, avevano dato luogo a rilevanti opere (diversamente non ammortizzabili) sui beni del demanio.

Solo la comunicazione di una procedura di infrazione⁶ ha indotto lo Stato italiano, a ben quattro anni dall'entrata in vigore della Direttiva, a intervenire in materia. Nel tentativo di conciliare il rispetto dei principi comunitari e il legittimo affidamento dei concessionari, il Governo ha emanato il cd. "Decreto Milleproroghe"⁷, che ha abrogato il secondo periodo dell'art. 37 del Codice della navigazione, sopprimendo il diritto di insistenza ma prevedendo nello stesso tempo, per le concessioni in essere, una proroga espressa sino al 2015 e, a mezzo del combinato disposto con la Legge finanziaria 2007, la salvezza delle concessioni il cui

² Sull'uso del demanio marittimo si v. in particolare O. M. Casolaro, *Amministrazione ed uso del demanio: alla ricerca dell'interesse pubblico*, in *Foro amm. CDS* 2007, 3, 1036.

³ Regio decreto 30 marzo 1942, n. 327.

⁴ I principi sono sanciti, in specie, dal Capo III della Direttiva.

⁵ Comunicazione della Commissione Europea n. 616 del 18 ottobre 2007, la quale, con specifico riferimento alle concessioni in ambito portuale, afferma che "quando una concessione giunge a scadenza, il suo rinnovo è assimilabile a una nuova concessione e, pertanto, è soggetta ai principi sopra enunciati". L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (segnalazione S917 in data 20.10.2008) ha poi sottolineato che, ove così non fosse, si produrrebbero effetti distorsivi della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato, aggravati da possibili discriminazioni tra imprese italiane e di altri Paesi comunitari, in danno di quest'ultime.

⁶ Procedura di infrazione comunitaria n. 4908/2008.

⁷ Art. 1, comma 18, Decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194, "Proroga di termini previsti da disposizioni legislative", convertito con modificazioni nella legge 26 febbraio 2010, n. 25, "Conversione in legge, con modificazioni, del [decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194](#), recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative".

termine finale non fosse contenuto in questo limite - perché di durata ultraquinquennale - consentendo altresì e comunque, in tali casi, il rinnovo automatico alla scadenza del sesto anno, sino a vent'anni⁸.

I legislatori regionali, titolari di una specifica allocazione competenziale⁹ - oggi ancor più evidente a seguito dell'attuazione dell'art. 19 della Legge delega sul Federalismo fiscale¹⁰ -

⁸ Più precisamente, l'art. 1, comma 18 del Decreto Milleproroghe ha previsto che “nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni dei beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative (...) il termine di durata delle concessioni in essere (...) e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino a tale data (...)”. Inoltre, lo stesso comma ha fatto altresì “salve le disposizioni di cui all'articolo 3, comma 4-bis, del decreto legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito con modificazioni dalla legge 4 dicembre 1994, n. 494”. Proprio quest'ultimo richiamo all'art. 3, comma 4 bis è significativo: introdotto dal comma 253 dell'art. 1, legge [27 dicembre 2006, n. 296](#), recante “Legge finanziaria 2007”, prevede la possibilità che le concessioni, “ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 2 (per il quale “Le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni, e alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente alla scadenza”), assumano durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle regioni”.

⁹ Ai sensi dell'art. 117, comma 5 Cost., infatti, “Le Regioni (...) nelle materie di propria competenza (...) provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza”. Al riguardo, La Corte costituzionale ha ripetutamente affermato la legittimità dell'intervento attuativo regionale, sia che si versi in ambito materiale ascrivibile alla competenza concorrente (con i rispettivi limiti), sia (e tantopiù) che rilevi una competenza di competenza cd. “residuale”: “la legittimità dell'intervento legislativo di una Regione in funzione attuativa di una direttiva comunitaria dipende (...) dalla sua inerenza a una materia attribuita alla potestà legislativa regionale” (Corte costituzionale, 1 dicembre 2006, n. 398, § 3.1, *Considerato in diritto*, in [www.cortecostituzionale.it](#)); “il medesimo art. 117 della Costituzione (...) riconosce alle Regioni il potere di dare attuazione alla normativa comunitaria nelle materie di loro spettanza: quindi l'adempimento del solo legislatore statale per l'adempimento di un obbligo comunitario si giustifica solo nel caso in cui esso incida su materie di competenza statale esclusiva” (Corte costituzionale, 14 marzo 2008, n. 63, in *Foro it.* 2008, 5, I, 1369, § 4.3, *Considerato in diritto*).

A tale riguardo, si tratta dunque di valutare se la disciplina delle concessioni del demanio marittimo attenga alla competenza regionale. L'afferenza alla materia “turismo” (le Regioni sono intervenute assumendo a titolo competenziale proprio tale materia) fa emergere la sfera competenziale residuale, sia pure con i limiti inferti dalle competenze statali cd. “trasversali”. La sussistenza della competenza regionale è stata peraltro sancita anche dal Giudice delle leggi, che ha chiaramente ricondotto le concessioni demaniali marittime alla materia “turismo” alla luce del “nuovo riparto delle funzioni legislative e amministrative delineato dalla riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione” (Corte costituzionale, 10 marzo 2006, n. 90, in *Giur. cost.* 2006, 2, § 8.1 *Considerato in diritto*). La stessa Corte ha peraltro confermato tale afferenza anche quando ha escluso dal potere normativo regionale la fissazione e della riscossione dei relativi canoni (Corte costituzionale, 28 luglio 2004, n. 286, in *Giur. cost.* 2004, 4).

¹⁰ Il riferimento è all'art. 19 legge 5 maggio 2009, n. 42, “Delega al Governo in materia di federalismo fiscale in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione”, attuato dal Decreto legislativo 20 maggio 2010, n. 85, “Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un loro patrimonio, ai sensi dell'art. 19 della [Legge 5 maggio 2009, n. 42](#)”, ovvero al processo di trasferimento della proprietà dei beni del demanio alle Regioni, tra i quali figurano anche i beni del demanio marittimo. Il trasferimento in parola assume evidente importanza: se la titolarità del diritto di proprietà determina la titolarità del potere normativo in tema di determinazione dei canoni di concessione del demanio marittimo (Corte costituzionale, 28 luglio 2004, n. 286, in *Giur. cost.* 2004, 4; Corte costituzionale, 09 maggio 2003, n. 150, in *Giur. cost.* 2003, 3; Corte costituzionale, 21 luglio 1995, n. 343, in *Dir. trasporti* 1996, 179; Corte costituzionale, 11 aprile 2008, n. 94, in *Foro it.* 2008, 6, I, 1752), pare di poter affermare che, con la posizione dominicale sui beni, dovrebbe transitare in capo alle Regioni anche la competenza di fissare e

si sono fatti similmente interpreti dell'esigenza di adeguare la disciplina regionale al principio comunitario di tutela della concorrenza, e di contemperare la durata delle concessioni al piano di ammortamento degli investimenti. Il comune denominatore degli interventi regionali, addirittura precedenti al citato "Milleproroghe", è ravvisabile nel differimento dell'espletamento delle procedure di evidenza pubblica idonee a individuare, alla stregua dei principi comunitari di cui sopra, i concessionari del demanio marittimo. A tal fine, le Regioni hanno figurato di intervenire con la disciplina di un periodo transitorio, che successivamente si sarebbe rivelata conforme al quadro disegnato dal legislatore statale con la previsione della proroga sino al 2015 ovvero ad una ulteriore scadenza (sino a 20 anni dal rilascio della concessione). Le Regioni hanno fatto ricorso a formulazioni e tecniche legislative diverse: talune hanno espressamente applicato l'istituto della "proroga"¹¹, mentre altre¹² hanno optato

riscuotere i canoni demaniali, configurandosi di conseguenza una competenza regionale "piena" in materia.

¹¹ L'art. 1 della legge della Regione Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8, "Modifica della legge regionale 31 maggio 2002, n. 9 - Disciplina dell'esercizio delle funzioni amministrative in materia di Demanio marittimo e di zone di mare territoriali in attuazione della legge 27 dicembre 2006, n. 296", ad esempio, ha novellato l'art. 8-bis, comma 2 della legge regionale n. 9 del 2002, prevedendo che i titolari di concessioni demaniali marittime potessero presentare istanza, entro il 31 dicembre 2009, di proroga della durata della concessione fino ad un massimo di venti anni a partire dalla data di rilascio; similmente [l'art. 16, comma 2, della legge della Regione Toscana 23 dicembre 2009, n. 77](#), "Legge finanziaria per l'anno 2010", prevedeva che, su richiesta del concessionario, potesse disporsi una proroga fino ad un massimo di venti anni, sia pure in ragione dell'entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti, sulla base di criteri e modalità stabiliti dalla Giunta regionale con regolamento. L'[art. 36, comma 2, della legge regionale n. 13 del 2009](#) della Regione Friuli Venezia Giulia, "Assestamento del bilancio 2009 e del bilancio pluriennale per gli anni 2009 – 2011 ai sensi dell'art. 34 della l.r. n. 21/2007", nel modificare l'[art. 58, comma 2, della legge regionale 5 dicembre 2008, n. 16](#), "Norme urgenti in materia di ambiente, territorio, edilizia, urbanistica, attività venatoria, ricostruzione, adeguamento antisismico, trasporti, demanio marittimo e turismo", prevedeva che le concessioni demaniali marittime fossero prorogate fino all'individuazione del nuovo concessionario.

¹² Esempio è l'intervento del legislatore Veneto. L'art. 5, "Disposizioni transitorie in materia di concessioni demaniali", della l.r. Veneto 16 Febbraio 2010, n. 13, "Adeguamento della disciplina regionale delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa alla normativa comunitaria. Modifiche alla legge regionale 4 novembre 2002, n. 33. Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo e successive modificazioni", prevede che: a) "le concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreative in essere alla data di entrata in vigore della presente legge ivi comprese quelle oggetto di domanda di rinnovo in corso di istruttoria", è contemplata la scadenza al 31 dicembre 2015, "fatta salva la diversa maggiore durata prevista dal titolo concessorio", conformemente alla disposizione statale (art. 1, comma 18 del Decreto Milleproroghe). A conferma di ciò, la Deliberazione della Giunta regionale Veneto 23 marzo 2010, n. 37 recante "Concessioni demaniali marittime: indirizzi regionali per i comuni costieri", sottolinea che "i termini finali delle concessioni demaniali, previsti dall'articolo 5 comma 1 della l.r. n. 13/2010, sono conformi ai termini finali, previsti dal comma 18 dell'articolo 1 del Decreto Legge n. 194/2009"; b) la concessione possa assumere, su richiesta dell'interessato, una diversa durata, secondo i termini della lett. e) ter dell'Allegato S/3 recante "Tabella per il rilascio di nuove concessioni di durata superiore ai sei anni e non superiore ai venti anni e per la variazione del contenuto delle concessioni in corso di validità comportante una durata superiore ai sei anni e non superiore ai venti anni, con rivalutazione ISTAT biennale degli importi" della l.r. Veneto 4 novembre 2002, n. 33 recante "Testo unico regionale in materia di turismo" nel solo caso in cui il titolare di concessione "abbia già eseguito o esegua durante la vigenza della concessione interventi edilizi conformi all'art. 3, comma 1 del Decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia e successive modificazioni" o, ancora, contestualmente a tali

per la “modifica della durata della concessione”, ad esito di un procedimento amministrativo azionato dall’istanza del concessionario, diretto alla valutazione sulla sussistenza di alcuni interventi (tassativamente indicati) sulle aree demaniali, in relazione all’entità dei quali il *dies ad quem* della concessione sarebbe stato per l’appunto “modificato”.

Date queste premesse, pare ragionevole affermare che il legislatore (statale e regionale) ha ottemperato alla Direttiva comunitaria con l’approccio della simulazione relativa. Per un verso infatti, prevedendo il ricorso alla selezione delle offerte, ha accolto il principio della libera concorrenza nell’ambito della gestione del demanio marittimo; sotto altro profilo, invece, ha costruito una deroga multilivello al periodo transitorio, la previsione del quale - di per sé ragionevole nel limite dei cinque anni - diventa elusiva dei principi sovranazionali nella misura in cui è dilatata al punto da contemplare, di fatto, un differimento ventennale all’apertura alle regole del mercato: *colorem habet, substantiam vero alteram*.

Di ciò si è avveduta la Commissione Europea che, nulla eccedendo sul periodo transitorio previsto sino al 2015, ha ben presto avviato una nuova procedura di infrazione costituendo in mora l’Italia¹³. Si è osservato infatti come la previsione del Decreto Milleproroghe (nella versione risultante dalla conversione in legge), consentendo il rinnovo automatico alla scadenza del sesto anno, vanificasse l’intero approccio del medesimo decreto e riconoscesse di fatto una nuova posizione privilegiata ai prestatori uscenti¹⁴.

L’evidente contravvenzione all’*aquis* comunitario e, in particolare, la censurabilità delle norme del diritto interno alla luce della giurisprudenza amministrativa interna¹⁵ e della Corte

interventi “abbia acquistato attrezzature e beni mobili per un valore non superiore al venti per cento dell’importo degli interventi edilizi”. Le vigenti previsioni dell’Allegato citato sono state introdotte dalla Delibera della Giunta Regionale del Veneto n. 2389/2009 pubblicata nel BUR n. 74 dell’8 settembre 2009, “Modifiche degli allegati S/2 e S/3 della legge regionale 4 novembre 2002, 33, sul demanio marittimo a finalità turistico ricreativa. Procedura per il rilascio di concessioni demaniali marittime di durata superiore a sei anni e non superiore a venti. Legge regionale 4 novembre 2002 n. 33, articolo 94”, in attuazione proprio dell’art.1, comma 253 della Legge finanziaria 2007, richiamato dal Decreto Milleproroghe al fine di garantire le concessioni demaniali di durata ultraquinquennale (sei/venti anni). La lett. e) ter dell’Allegato, in particolare, riconduce la modulazione della durata della concessione assumendo a criterio di bilanciamento l’entità degli investimenti ed estendendo così la durata della concessione in subordine alla realizzazione di interventi differenziati in ben quattordici classi (a investimenti che oscillano da un importo minimo di 200.000 euro a un valore superiore a 2520.000 euro corrispondono concessioni dai sei ai vent’anni).

¹³ Nota 2010/2734 del 5 maggio 2010.

¹⁴ I quali, come si spiega al § III, avrebbero avuto “la possibilità di vedersi rinnovare la concessione senza l’applicazione di una procedura imparziale e trasparente”. La normativa italiana, inoltre, si configuravano “tali da dissuadere altre imprese dal candidarsi e dall’offrire servizi più efficienti per le nuove concessioni, o addirittura tali da impedirglielo”.

¹⁵ Sulla giurisprudenza amministrativa in tema di rinnovo delle concessioni demaniali si v. G. Gruner, *L’affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell’Unione europea*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 3, 678.

di Giustizia¹⁶, hanno sollecitato un nuovo e repentino, quanto timido, intervento nazionale. Anziché ricorrere allo strumento legislativo o, come in precedenza, alla decretazione d'urgenza, il rimedio è stato individuato in una semplice circolare interpretativa del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sull'art. 1, comma 18 del Decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194¹⁷. Al riguardo, è interessante¹⁸ notare come il Ministero abbia offerto un'interpretazione del tutto conforme alla normativa regionale intervenuta in materia successivamente all'entrata in vigore del Decreto Milleproroghe¹⁹. La circolare, in particolare, dopo aver enucleato la necessità della pubblicizzazione della procedura relativa al rilascio del titolo, ha interpretato la disposizione censurata dalla Commissione restringendone la previsione alla configurabilità di concessioni di durata "superiore ad anni sei e comunque non superiore ai venti", da commisurarsi in ragione dell'entità degli investimenti e delle opere da realizzare e sulla base dei piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo predisposti dalle Regioni. Alla stregua di un vero e proprio atto primario di interpretazione autentica comunitariamente orientato²⁰, dunque, la circolare "cancella" il rinnovo automatico delle concessioni.

2. I profili di incostituzionalità

All'evidente medesimo fine di mostrare il *visus* dell'ottemperanza ai principi comunitari, inoltre, lo Stato ha coinvolto il Giudice delle leggi per veder dichiarata l'incostituzionalità delle leggi regionali²¹ intervenute in materia con la previsione della proroga dei titoli in

¹⁶ Si v., in particolare, Corte giustizia CE, 05 ottobre 2004, procedimento C- 442/2004, *Caixa Bank France vs Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et alii*; Corte giustizia CE, 13 luglio 1993, procedimento n. 330/1991, pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell' art. 177 del Trattato CEE, dalla *Queen' s Bench Division* della *High Court of Justice* d' Inghilterra e del Galles, nella causa dinanzi ad essa pendente *The Queen vs Inland Revenue Commissioners, ex parte: Commerzbank AG*, richiamate anche dalla costituzione in mora. Per la prima, in particolare, "il principio della parità di trattamento vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, o in base alla sede per quanto riguarda le società, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti al medesimo risultato. La seconda, in particolare, è esemplare nell'affermare l'incompatibilità delle normative nazionali che producono l'effetto di complicare l'accesso al mercato da parte di operatori provenienti da altri Stati membri.

¹⁷ Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Prot. M_TRA/PORTI/6105 Class. A.2.50 del 6 maggio 2010.

¹⁸ Sul punto si tornerà *infra*

¹⁹ Ci si riferisce alla disciplina della Regione Veneto della quale si è già sopra detto.

²⁰ Con le inevitabili conseguenti considerazioni in ordine all'inidoneità della circolare in tal senso.

²¹ Si tratta delle leggi regionali già *supra* citate. Oggetto delle censure sollevate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, in specie, sono: l'art. 1 della legge della Regione Emilia-Romagna 23 luglio 2009, n. 8, "Modifica della legge regionale 31 maggio 2002, n. 9 - Disciplina dell'esercizio delle funzioni amministrative in materia di Demanio marittimo e di zone di mare territoriali in attuazione della legge 27 dicembre 2006, n. 296", intervenuto a novellare l'art. 8-bis, comma 2 della legge regionale n. 9 del 2002; [l'art. 16, comma 2, della legge della Regione Toscana 23 dicembre 2009, n. 77](#) "Legge finanziaria per l'anno 2010"; [l'art. 36, comma 2, della legge regionale n. 13 del 2009](#) della Regione Friuli Venezia

essere: un contegno evidentemente schizofrenico, se si considera che tale incostituzionalità è stata ravvisata in previsioni di leggi regionali speculari alla disciplina statale. Lo Stato, in ciascuno dei ricorsi, ha lamentato che le discipline regionali, pur differenziandosi in parte per la formulazione e la lettera delle rispettive norme, nella sostanza violassero i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza²², consentendo ai titolari delle concessioni sul demanio marittimo di vederne posticipato il termine finale, fino ad un massimo di 20 anni dalla data del rilascio. Al riguardo, è appena il caso di evidenziare la piena conformità della normativa regionale alla successiva interpretazione offerta dalla circolare interpretativa del Ministero dei trasporti sul rinnovo delle concessioni ultraquinquennali: se la disciplina regionale è illegittima, allora lo è anche quella statale.

Di un tanto, sia pure in *obiter dictum*, ha dato atto anche la Corte costituzionale nell'accogliere le censure sottoposte al Suo scrutinio. Le tre sentenze ad oggi intervenute²³ offrono un'interessante disamina dell'apparato normativo, sia nella lettera che nella *ratio* sottesa, in tema di occupazione e dell'uso del demanio marittimo. Le tre motivazioni che conducono alle dichiarazioni di incostituzionalità seguono un percorso logico coincidente, che si snoda in due fasi essenziali e consente infine di svolgere alcune considerazioni anche in ordine alla disciplina statale. In primo luogo, infatti, la Corte supera la formulazione letterale e sottolinea come, in sostanza, le regioni abbiano previsto un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, di fatto consentendo (*rectius*: continuando a consentire, anche a seguito della soppressione del diritto di insistenza) il rinnovo automatico della medesima. In altre parole, poiché i soggetti che precedentemente non gestivano il demanio marittimo non hanno la possibilità, alla scadenza della concessione, di prendere il posto del vecchio gestore, se non nel caso in cui questi non chieda la proroga, ci si troverebbe innanzi a un vero e proprio automatismo - lasciato alla disponibilità dei soli gestori uscenti -

Giulia, di modifica dell'[art. 58, comma 2, della legge regionale 5 dicembre 2008, n. 16](#), "Norme urgenti in materia di ambiente, territorio, edilizia, urbanistica, attività venatoria, ricostruzione, adeguamento antisismico, trasporti, demanio marittimo e turismo"; l'art. 5, "Disposizioni transitorie in materia di concessioni demaniali", della l.r. Veneto 16 Febbraio 2010, n. 13, "Adeguamento della disciplina regionale delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa alla normativa comunitaria. Modifiche alla legge regionale 4 novembre 2002, n. 33. Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo e successive modificazioni".

²² Di qui il *vulnus* dell'art. 117, comma 1 Cost.

²³ Corte costituzionale, 20 maggio 2010, n. 180, in *Foro it.* 2010, 7-8, I, 1977, sulla l.r. Emilia Romagna; Corte costituzionale, 26 novembre 2010, n. 340, in www.cortecostituzionale.it, sulla l.r. Toscana; Corte costituzionale, 1 luglio 2010, n. 234, in www.cortecostituzionale.it sulla l.r. Friuli Venezia Giulia. Non ancora deciso è invece il ricorso sulla l.r. Veneto.

lesivo della parità di trattamento tra gli operatori economici e del principio di libera concorrenza²⁴.

L'affermazione del principio è poi sostenuta dalla *pars destruens* sulle ragioni sottese al differimento del termine finale sino a 20 anni dal rilascio della concessione, collegato all'entità degli investimenti effettuati o effettuandi da parte del concessionario per la valorizzazione del bene e delle relative infrastrutture. L'argomento, per il Giudice delle leggi, è infondato, in quanto diretto solo ed esclusivamente a dissimulare la proroga di una concessione scaduta. Si chiarisce così che non vi sarebbe alcun affidamento da tutelare con riguardo all'"esigenza di disporre del tempo necessario all'ammortamento delle spese sostenute per ottenere la concessione", perché "al momento del rilascio della medesima il concessionario già conosceva l'arco temporale sul quale poteva contare per ammortizzare gli investimenti, e su di esso ha potuto fare affidamento". La giustificazione addotta dalle Regioni avrebbe un senso "solo se - per ipotesi - la norma impugnata avesse lo scopo di ripristinare la durata originaria della concessione, neutralizzando gli effetti di una precedente norma che, sempre per ipotesi, avesse arbitrariamente ridotto la durata della stessa"²⁵, ma così non è.

I primi due argomenti hanno dunque consentito di dichiarare l'illegittimità della disciplina regionale, in quanto determinante un'ingiustificata "compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo" e la violazione del principio di parità di trattamento che si ricava dagli artt. 49 ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in tema di libertà di stabilimento.

Tali rilievi, insieme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in consimili fattispecie²⁶, consentono di trarre un argomento di riflessione pure in ordine alla legislazione statale: dal momento che, come si è avuto modo di considerare sopra, il contenuto della disciplina statale e regionale coincidono, pare legittimo sollevare fondati dubbi sulla "tenuta comunitaria" anche della legislazione nazionale. Tenendo a mente, quale premessa, la lettura sostanziale della Corte - che ha ravvisato nella legislazione regionale una vera e propria proroga - sembra

²⁴ Corte costituzionale, 20 maggio 2010, n. 180, § 2.1, *Considerato in diritto*; Corte costituzionale, 26 novembre 2010, n. 340, § 2.1; Corte costituzionale, 1 luglio 2010, n. 234, § 2.2

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Come osserva G. Gruner, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime ... cit.*, 691, "è estremamente significativo, al riguardo, rilevare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia non ha mai condiviso, proprio in materia di rinnovo senza procedura ad evidenza pubblica delle concessioni, la tesi del legittimo affidamento del precedente concessionario; cfr. C. giust. CE, 13 settembre 2007, C-260/04, in *Giur. It.*, 2008, 474 ss., con nota di R. Caranta, *Il principio di diritto comunitario della trasparenza/concorrenza e l'affidamento o rinnovo di concessioni di servizi pubblici (ancora in margine al caso "Enalotto")*.

quanto mai attuale il riferimento, anche alla disciplina statale, alla predicata elusività insita in un corpo normativo che, a fronte dei rilievi della Commissione europea, pone una nuova e mal celata preferenza a favore del gestore uscente.

Pare perciò che anche la disciplina statale sia da considerarsi, con le parole della Corte, “contraddittoria”, se si considera che essa, al pari di quella regionale, fa coesistere la previsione di una proroga dei rapporti concessori in corso in luogo di una procedura di rinnovo che apra il mercato, con l’affermato fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari.

L’estensione del *dictum* giudiziale²⁷ trova peraltro conforto nella precedente giurisprudenza della medesima Corte che, a fronte di proroghe sia pure più contenute, sempre in ambito concessorio, aveva già dichiarato l’illegittimità di ambigue discipline statali, asseritamente poste in essere al fine di ottemperare ai principi comunitari, che in realtà posticipavano sensibilmente l’esperimento delle procedure di rinnovo²⁸.

Ad esito delle pronunce della Corte costituzionale e dell’intervento interpretativo del Ministero dei Trasporti (precedente alla sola ultima sentenza del Giudice delle leggi), si è pertanto creata la paradossale situazione per la quale la disciplina regionale è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, mentre la disciplina statale (che a sua volta rinvia alla disciplina regionale per la commisurazione della durata della concessione all’entità degli investimenti), non interessata dal vaglio del giudice costituzionale, è rimasta vigente pur prevedendo una vera e propria proroga, non più letteralmente “automatica” alla scadenza di ogni sesto anno, sino al raggiungimento del ventesimo, ma ciò non di meno concedibile a semplice istanza del concessionario, sulla base della semplice allegazione di opere e investimenti sul demanio marittimo, dunque per ciò stesso contraria, secondo l’insegnamento

²⁷ Che richiama espressamente i rilievi formulati dalla Commissione europea (a seguito dei quali è intervenuta, come visto, la circolare interpretativa) per i quali lo Stato italiano sarebbe venuto meno “agli obblighi che *gli* incombono ai sensi dell’articolo 43 del Trattato CE”, prevedendo un diritto di preferenza a favore del concessionario uscente nell’ambito della procedura di attribuzione delle concessioni del demanio pubblico marittimo.

²⁸ Il riferimento è a Corte costituzionale, 18 gennaio 2008, n. 1, in *Giur. cost.* 2008, 1, 1, richiamata anche dalla citata Corte costituzionale, 20 maggio 2010, n. 180. Chiamata ad esprimersi sulle questioni di legittimità costituzionale di varie disposizioni della legge 23 dicembre 2005, n. 266, “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2006”, tra le quali, in tutto o in parte, quelle dettate dall’art. 1, commi da 483 a 492, in materia di grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico, sollevate dalle Regioni Toscana, Piemonte, Campania, Emilia-Romagna e Friuli-Venezia Giulia, la Corte ha vagliato la proroga posta in relazione ai tempi di completamento del processo di liberalizzazione e integrazione europea del mercato interno dell’energia elettrica, alla luce della definizione di principi comuni in materia di concorrenza e parità di trattamento nella produzione idroelettrica. In tale circostanza, il Giudice delle leggi ha avuto modo di sottolineare che la previsione di una proroga dei rapporti concessori - per quanto in quella sede limitata a dieci anni - in luogo di una procedura di rinnovo competitiva è da considerarsi del tutto contraddittoria rispetto al principio della gara contestualmente affermato (cfr. § 8, *Considerato in diritto*).

giurisprudenziale, al principio imparzialità e buon andamento, in quanto disincentivante “dal formulare proposte migliorative sia sotto l’aspetto economico, che sotto quello della rispondenza al pubblico interesse dell’utilizzo del bene demaniale”, non potendo le istanze dei precedenti titolari “essere contrastate da proposte alternative”²⁹.

3. La novella del Decreto Sviluppo

La titanica ricerca di una soluzione idonea a garantire il (formale) accesso al mercato senza pregiudizio per il gestore uscente e cionondimeno non censurabile, ha provocato un nuovo intervento statale in materia. Nel far ciò, il Governo ha rinunciato a disciplinare direttamente il rapporto concessorio, rinvenendo lo strumento utile allo scopo nell’istituto privatistico del diritto di superficie.

Il recente “Decreto Sviluppo”³⁰, infatti, abbandona la proroga determinata in funzione degli investimenti e, letteralmente, introduce “un diritto di superficie (...) sulle aree inedificate formate da arenili, con esclusione in ogni caso delle spiagge e delle scogliere”. Il medesimo diritto è inoltre riconosciuto a favore degli attuali gestori anche “sulle aree già occupate da edificazioni esistenti (...) ancorchè realizzate su spiaggia, arenile ovvero scogliera” (art. 3, comma 1, lett. a). La durata del diritto reale di godimento è astretta alla fattispecie della costituzione a tempo determinato a norma dell’art. 953 c.c.: nella formulazione definitiva del testo normativo l’estinzione del diritto in questione è individuata - a seguito delle perplessità repentinamente sollevate dall’“osservatorio” europeo e dal Quirinale sulla durata novantennale originariamente prevista - nel decorso ventennale³¹.

Le previsioni della novella, che confluiranno nella “Legge comunitaria 2010”³², sollecitano diverse riflessioni.

In primo luogo, la lettera della disposizione pone una netta distinzione tra il diritto di superficie destinato a costituirsi sulle aree inedificate dei soli arenili, e il diritto di superficie che dovrebbe essere riconosciuto sulle aree già edificate non solo degli arenili, ma anche delle spiagge e della scogliera.

²⁹ Consiglio Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 10, 1209.

³⁰ Decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, “Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia”.

³¹ Art. 3 - Reti d'impresa, Zone “ a burocrazia zero”, Distretti turistico-alberghieri, nautica da diporto.

³² Come preannunciato dal Presidente della Commissione Finanze (in www.ilsole24ore.com/art/economia/2011-06-14/decreto-sviluppo-salta-norma-154203.shtml#comments) ad esito del voto delle commissioni Bilancio e Finanze della Camera sul “Decreto sviluppo” (in particolare, sui 139 emendamenti presentati), le previsioni del medesimo decreto in tema di occupazione del demanio marittimo, anzichè essere convertite, integreranno l’art. 21 del Disegno di legge S. 2322, “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010” (4059).

La formulazione della norma avrebbe meritato maggiore chiarezza e rigore tecnico, per lo meno relativamente al costituendo diritto sull'arenile. Quest'ultimo, infatti, è concetto tanto impreciso - non gode di alcuna definizione legislativa e non trova neppure menzione nell'art. 28 del Codice della navigazione che enumera ciascuno dei beni che fanno parte integrante dei beni del demanio marittimo³³ - da aver alimentato la riflessione di dottrina³⁴ e giurisprudenza in ordine alla sua stessa sussistenza e configurabilità nel novero dei beni del demanio.

E' la giurisprudenza ad aver chiarito, e recentemente confermato, che gli arenili sono da ascrivere al demanio marittimo: la Corte di Cassazione ha sancito che la spiaggia – demaniale *per tabulas* – non è costituita solo dai tratti di terra prossimi al mare che siano sottoposti alle mareggiate straordinarie, ma comprende anche il tratto di terraferma che risulta relitto dal normale ritirarsi delle acque, restando idoneo ai pubblici usi del mare³⁵.

La definizione giurisprudenziale suscita pertanto qualche perplessità in ordine alla configurabilità di un diritto di superficie sulle aree – edificate e non – dell'arenile, essendo quest'ultimo qualificato dal rappresentare la parte di spiaggia più prossima allo specchio d'acqua e, in quanto tale, inidonea *ad aedificandum*.

Essa, inoltre, non risolve i dubbi suscitati dalla formulazione dell'art. 3, comma 1, lett. a) del Decreto Sviluppo: rimane irrisolta, infatti, l'individuazione dell'estensione dell'"arenile" quale ultima propaggine della spiaggia³⁶. In altre parole, rimane da definire dove l'arenile "inizi e finisca", nonché la sua demarcazione dalla parte restante della spiaggia. La questione è decisiva, in quanto il Decreto prevede che il diritto di superficie sulle aree non edificate, a

³³ Solo il progetto del Codice marittimo del 1931 contemplava gli arenili quali "parti estreme delle spiagge da cui il lido si andò allontanando per effetto del graduale ritirarsi del mare", mentre il Codice della navigazione annovera, nel demanio marittimo, il lido del mare, le rade, le spiagge, i porti; le lagune; le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente con il mare, i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo. Si noti peraltro in dottrina si è sostenuto che la tassatività dei beni del demanio marittimo non si risolve nel solo art. 28 del Codice della navigazione: cfr. G. Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, I, Milano, 1987, 673).

³⁴ Si v., in particolare, M. De Tilla, *Il lido e la spiaggia fanno parte del demanio marittimo*, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 1, 79; M. M. Comenale Pinto, *Questioni classiche in tema di arenili*, in *Giust. civ.* 2010, 5, 1202)

³⁵ Cassazione civile, sez. I, 30 luglio 2009, n. 17737, in *Guida al diritto* 2009, 38, 33; *Riv. giur. edilizia* 2010, 1, I, 77; cfr. Cassazione civile, sez. un., 6 giugno 1997, n. 5089, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 934. Nel demanio marittimo, dunque, è compreso anche l'arenile, la cui natura demaniale discende dalla "corrispondenza con uno dei beni normativamente definiti dagli artt. 822 c.c. e 28 del Codice della navigazione", anche quando "una parte di esso sia stata utilizzata per realizzare una pubblica strada, non implicando tale evento la sua sdemanializzazione, così come la sua attitudine a realizzare i pubblici usi del mare non può venir meno per il semplice fatto che un privato abbia iniziato a esercitare su di esso un potere di fatto" (Cassazione civile sez. II, 11 maggio 2009, n. 10817, in *Diritto & Giustizia* 2009).

³⁶ L'equivalente della linea di battigia delle coste sabbiose prende il nome di battente nelle coste rocciose, con la conseguenza che laddove non si rinvenga quale punto di riferimento una spiaggia, rileverà la linea di battente.

differenza di quelle già edificate, possa essere costituito solo in relazione all'arenile, e non a tutta la spiaggia.

Le Regioni dovranno formulare una soluzione al problema³⁷, che tuttavia si preannuncia complicata: per un verso, infatti, alcuna indicazione è offerta dal legislatore, e la giurisprudenza che pur enuclea l'identità di questo spazio non entra nel merito della questione. La difficoltà di individuare l'arenile si fa peraltro ancor più marcata se si considera che, a salvaguardia del pubblico uso, la parte terminale della spiaggia deve *ex lege* rimanere liberamente e gratuitamente accessibile anche quando sulla medesima spiaggia insiste una concessione: l'individuazione di tale fascia "di rispetto" è denominata battigia (anche il Decreto sviluppo ne assicura la fruibilità al pubblico³⁸), e porta l'arenile (che evidentemente non può corrispondere alla battigia che, dovendo rimanere libera, non può tollerare costruzioni) ad "arretrare" e confondersi con la restante parte della spiaggia, o per lo meno a sfumarne i già indecisi e indeterminati "confini virtuali".

A tale riguardo non rimane che auspicare che il legislatore, con disciplina per lo meno cedevole, chiarisca cosa si debba intendere per "arenile", e colga la necessità di colmare il vuoto normativo sulle linee di demarcazione del medesimo - quale suolo intercluso - dalla battigia e dalla restante parte della spiaggia.

Un ulteriore motivo di riflessione è offerto, ancora una volta, dalla conformità all'ordinamento comunitario e ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

Sul punto, pare di dover distinguere le fattispecie normate dalla disposizione.

In sé considerata, la costituzione del diritto di superficie sulle aree non edificate non sembra porre particolari problemi di congruenza all'ordinamento comunitario, se la scelta del soggetto titolare del diritto reale di godimento è la conseguenza di una procedura di selezione che comporti la valutazione di un'offerta tecnica (e dunque anche degli investimenti sul bene), oltre che economica. Neppure la durata ventennale, in assenza di specifiche indicazioni da parte della Direttiva Bolkestein, desta particolari perplessità, in quanto determinata *ex ante* e non, come nelle fattispecie già sottoposte all'attenzione della Corte costituzionale, *ex post* rispetto alla costituzione del titolo che consente l'uso e l'occupazione del bene demaniale.

L'istituto, relativamente alle previsioni sulle aree già edificate, pone invece le problematiche già proprie della proroga delle concessioni delle quali si è già sopra argomentato, nella misura

³⁷ La titolarità del potere o - se si vuole - dell'onere, è sancito dall'art. 3, comma 1, lett. a) del Decreto: trattasi di indicazione conforme al trasferimento dei beni del demanio marittimo alle regioni, e al conseguente insorgere, alla luce dei canoni della giurisprudenza costituzionale, di un rinnovato potere legislativo regionale, riferibile anche alla delimitazione del demanio.

³⁸ Art 3, comma 3.

in cui, predicando la “costituzione” e il “provvedimento costitutivo” del diritto di superficie anche in ordine alle “edificazioni che possono essere mantenute esclusivamente in regime di superficie”, sia interpretato nel senso di consentire la costituzione *ex nunc* di un diritto reale a favore dei soggetti già titolari di concessioni sul demanio marittimo (comunque) in scadenza. La scadenza delle concessioni in essere, infatti, finirebbe ancora una volta con l’essere posticipata dal godimento del “nuovo” diritto reale, e posticipato, di conseguenza, sarebbe il ricorso al mercato per l’individuazione del nuovo gestore o comunque del nuovo titolare del medesimo diritto reale. Con le parole del Giudice delle leggi che si sono sopra considerate pare di poter affermare che, anche in questo caso, si finirebbe col “dissimulare la proroga di una concessione” comunque destinata a scadere precedentemente al termine finale che, nel quadro normativo del Decreto Sviluppo, verrebbe nuovamente individuato per il godimento del diritto di superficie.

Il ricorso a tale istituto, inoltre, non rappresenta una novità. Per quanto il Codice della navigazione non contenga alcuna disposizione speculare all’art. 952 c.c. e non menzioni espressamente il diritto superficiario sui beni del demanio marittimo, l’istituto è logicamente presupposto a diverse norme³⁹ di tale apparato normativo, e coesiste con il regime concessorio⁴⁰. In particolare, per quanto attiene allo specifico ambito della superficie del demanio marittimo, il Consiglio di Stato ha da tempo sancito che il diritto di superficie “non è incompatibile con il particolare che la costruzione è insita sul suolo demaniale”⁴¹. L’art. 49 del Codice della navigazione, inoltre, descrive il diritto di accessione alla stregua della prima parte dell’art. 934 c.c. e la giurisprudenza della Suprema Corte e del Consiglio di Stato ha espressamente chiarito che “in favore del concessionario (che realizzi opere o costruzioni sul demanio marittimo) viene in essere la costituzione di un diritto di superficie”⁴².

Tale chiarimento assurge a premessa di una ulteriore considerazione.

³⁹ Trattasi, in specie, degli artt.: 36, che prevede l’occupazione e l’uso, anche esclusivo (che siano compatibili con le esigenze del pubblico uso), di beni demaniali e di zone del mare territoriale per un determinato periodo di tempo; 41, a norma del quale il concessionario può costituire ipoteca sulle opere costruite sul “suolo” demaniale, sia pure previa autorizzazione pubblica; 49, che contempla la devoluzione della proprietà delle medesime opere allo spirare della concessione.

⁴⁰ A fare il punto, in dottrina, è G. Di Giandomenico, *Demaniale marittima e sub ingresso nella concessione dei porti turistici*, in *Foro amm. CDS* 2004, 7-8, 2354.

⁴¹ Si v. Consiglio Stato sez. IV, 28 ottobre 1992, n. 939, in *Foro Amm.* 1992, fasc. 10.

⁴² Cassazione civile, sez. I, 4 maggio 1998 n. 4402, in *Dir. mar.*, 2000, 157 ss. A riconoscere espressamente la configurabilità del diritto di superficie è anche, *ex multis*, Cassazione civile, S.U., 04 febbraio 1993, n. 1392, in *Giust. civ. Mass.* 1993, 230; Cassazione civile, S.U., 24 aprile 1992, n. 4962, in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 4; Cassazione civile, sez. I, 27 febbraio 1980, n. 1369, in *Giust. civ.* 1980, I, 1301; Consiglio Stato, sez. VI, 14 ottobre 2010, n. 7505, in *Foro amm. CDS* 2010, 10, 2190

All'indomani dell'emanazione del Decreto, diversi soggetti portatori di interessi diffusi⁴³ hanno espresso un giudizio di disvalore nei confronti della novella asserendo che, a mezzo di essa, si sarebbe garantita ai privati la proprietà delle strutture realizzate sul demanio marittimo: proprietà che sopravviverebbe, a detta dei medesimi, alla scadenza del termine ventennale, con il conseguente insorgere della possibilità, per il terzo, di alienare o trasferire *iure hereditario* la costruzione realizzata in regime superficario.

Il tema richiede pertanto di comprendere se il Codice della navigazione non trovi ulteriore applicazione alle fattispecie così costituite o se, al contrario, continui ad applicarsi. Il punto è decisivo, poiché l'art. 49 del citato Codice dispone, contrariamente all'art. 936 c.c., che salve diverse disposizioni dell'atto di concessione, alla scadenza del termine le opere non amovibili costruite sulla zona demaniale restano acquisite allo Stato "senza alcun compenso o rimborso". La giurisprudenza in tema di diritto di diritto superficario sul demanio marittimo – come detto, già configurabile in relazione alle previsioni del Codice della navigazione - ha ripetutamente sancito la devoluzione alla proprietà pubblica delle opere non amovibili⁴⁴, e si è spinta al punto di affermare che il carattere di temporaneità proprio del diritto di superficie "comporta che non sia consentito all'autonomia negoziale delle parti di derogare agli effetti dell'accessione automatica, che si determina all'atto di estinzione del diritto di superficie"⁴⁵.

La presa di posizione in ordine all'applicabilità dell'art. 936 c.c. in luogo dell'art. 49 del Codice della navigazione (qualificabile in termini di specialità rispetto al primo) induce, in ragione della tassatività dei diritti reali, alla valutazione del combinato disposto delle diverse previsioni dell'art. 3 del Decreto Sviluppo, al fine di comprendere se il diritto di superficie ivi normato appartenga alla categoria del diritto superficario del Codice della navigazione (che si accompagna all'atto di concessione e costituisce deroga all'art. 936 c.c.)⁴⁶ ovvero del codice civile.

⁴³ Fondo Ambiente Italiano, Legambiente, World Wildlife Fund

⁴⁴ Sulla devoluzione si v. Cassazione civile, sez. I, 4 maggio 1998 n. 4402, in *Dir. mar.*, 2000, 157 ss.; Cassazione civile, S.U., 4 febbraio 1993, n. 1392 cit., Cassazione sez. I, 27 aprile 1993 n. 4962, in *Cons. St.*, 1993, II, 1525; Consiglio Stato, 26 maggio 2010, n. 3348, in *Riv. giur. edilizia* 2010, 5, I, 1623. Quanto all'amovibilità, come ricorda C. Angelone, *Il canone nelle concessioni di demanio marittimo ad uso turistico – ricreativo: dal diritto speciale alla legge finanziaria 2007*, in *Dir. Turismo*, 2007, II, 133 "la problematica delle acquisizioni allo Stato degli stabilimenti balneari od opere diverse, è intimamente connessa con la natura degli stessi, potendo essere acquisiti solo quegli impianti che hanno la caratteristica dell'inamovibilità" (cfr. Consiglio Stato in sede consultiva, sez. II, parere 22 maggio 1963, n. 446; parere 4 aprile 1979, sez. II, n. 1141/77, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio Stato, sez. VI, 06 giugno 2003, n. 3187, in *Dir. Trasporti* 2004, 265. Si v. altresì la Circolare del Ministro della Marina mercantile, Dir. Gen. Demanio Mar., serie II, 22 febbraio 1966, n. 87).

⁴⁵ Sull'estinzione del diritto di superficie al termine della concessione si v. Cassazione civile, sez. I, 27 febbraio 1980, n. 1369, in *Giust. civ.* 1980, I, 1301

⁴⁶ Sul punto è esplicita Cassazione civile, sez. III, 24 marzo 2004, n. 5842, in *Foro amm. CDS* 2004, 682: "In tema di demanio marittimo, l'art. 49 c. nav., nello stabilire, con riferimento ai beni edificati su suolo

Al riguardo, si ritiene di poter affermare che il legislatore, nel pensare alla novella, abbia inteso riferirsi al secondo. A tale conclusione si perviene svolgendo un argomento “logico”, e analizzando gli elementi costitutivi delle fattispecie in esame.

Sul primo. Il diritto superficario del Codice della navigazione è, come detto, contraddistinto dal carattere della specialità in quanto deroga all’indennizzo: di conseguenza non pare estensibile a fattispecie legali per le quali non è stato espressamente previsto.

Quanto al secondo profilo, vi è da osservare che mentre il Codice della navigazione titola il privato a godere del bene demaniale contro il pagamento di un “canone” (il riferimento è sia alla cd. “concessione-contratto” che alla “concessione-licenza”)⁴⁷ determinato, ai sensi dell’art. 16 del suo Regolamento di esecuzione, da leggi o regolamenti speciali⁴⁸, di modo tale da permettere di ammortizzare gli investimenti, il Decreto sviluppo prevede il pagamento di un “corrispettivo annuo determinato dall’Agenzia del Demanio sulla base dei valori di mercato”.

L’art. 3 inoltre, dopo aver previsto il regime superficario limitato alle fattispecie sopra considerate, prevede che - evidentemente per tutte quelle non riconducibili o costituente ai sensi della novella del Decreto - la disciplina in materia di concessioni non è in alcun modo innovata (co. 2). Da ciò emerge che i due regimi vengono a coesistere, ma rimangono distinti, in relazione a fattispecie altrettanto distinte: il Codice della navigazione continuerà ad applicarsi solo per le fattispecie a venire in relazione alle quali non sussisteranno i presupposti costitutivi del diritto superficario del Decreto competitività, mentre sarà da subito derogato in relazione alle aree “già occupate di arenili, spiagge e scogliere”. L’argomento è inoltre supportato dal ricorso alla logica. Posto che i beni *sub concessione* già si configuravano nell’ambito della categoria del diritto superficario “speciale”, qualora il legislatore avesse semplicemente voluto estendere la durata di tale regime al nuovo termine ventennale, si sarebbe limitato a intervenire “addittivamente” sull’art. 36 e/o 49 del Codice

demaniale in concessione, che in mancanza di diversa previsione alla scadenza di quest’ultima le opere non amovibili restano acquisite allo Stato, salva la facoltà dell’autorità concedente di ordinarne la demolizione, da un canto costituisce espressione del generale principio dell’accessione di cui all’art. 934 c.c., e, d’altro canto, deroga al disposto del successivo art. 936, che riconosce il diritto all’indennizzo per il costruttore in caso di ritenzione delle opere da parte del proprietario; e va interpretato - atteso che il cd. “rinnovo” è propriamente una nuova concessione, in quanto la scadenza del termine ne comporta l’automatica estinzione con conseguente insorgenza per l’Amministrazione del dovere di provvedere autonomamente al riguardo (...) - nel senso che tale accessione si verifica, *ipso iure*, al termine del periodo di concessione”.

⁴⁷ Sul punto si v. *amplius* C. Angelone, *Il canone nelle concessioni ... cit.*, 133.

⁴⁸ Il Decreto del Ministero dei trasporti e della navigazione 5 agosto 1998, n. 342 ha approvato il Regolamento che prevede i criteri generali per la determinazione dei canoni annui per le concessioni, distinguendo le specie sulla base della “valenza turistica”. In applicazione del Decreto, le Regioni sono chiamate a individuare le aree da classificare alla stregua della disciplina secondaria statale.

della navigazione. Al contrario, ha posto in essere norme che, giova ribadire, “nulla innovano in tema di concessioni sul demanio marittimo”. Che tale regime (*id est*: il Codice della navigazione) non possa applicarsi al diritto superficario di nuova costituzione è del resto reso evidente dal decreto in commento, che sottrae esplicitamente il diritto reale alla dinamica del rapporto concessorio, e dunque al combinato disposto degli artt. 36, 49 del codice da ultimo citato.

A supportare l’esegesi che conduce a escludere la riconducibilità del diritto superficario alla disciplina speciale è poi il fatto, di per sé piuttosto esplicito, che il legislatore non ha previsto la “rimodulazione” del rapporto o del titolo concessorio in essere, così come non si è limitato a intervenire nei suoi effetti, ma ha previsto la vera e propria sostituzione del titolo che consente l’uso e l’occupazione del demanio marittimo, con il conseguente insorgere di un diverso rapporto, caratterizzato peraltro dal decorso *ab initio* di un nuovo termine ventennale (a prescindere, per i rapporti in essere, dalla consumazione parziale del rapporto in essere ad oggi maturata). La costituzione del diritto di superficie del Decreto, inoltre, rappresenta l’esito di un nuovo procedimento amministrativo, che postula l’esperienza di una nuova fase istruttoria e decisionale da parte della pluralità di Enti (Regione, Comune, Agenzia del demanio e del territorio) che, in ottemperanza al principio di leale collaborazione e dell’allocazione delle funzioni amministrative coinvolte, sono individuati dall’art. 3 co. 1 lett. c) quali “soggetti interessati”.

Pare così ragionevole sostenere che il diritto superficario introdotto dal Decreto Sviluppo esuli dalla disciplina del Codice della navigazione, e debba essere ricondotto in quella civilistica.

Cionondimeno, sembra comunque scorretto argomentare nel senso che i titolari del diritto reale di godimento manterrebbero la proprietà della costruzione anche a seguito della consumazione del termine ventennale. E’ la disciplina civilistica, infatti, a deporre chiaramente in senso contrario. Trattandosi di diritto di superficie a tempo determinato, trova applicazione il principio per il quale *quod inaedificatur solo cedit*: il proprietario del suolo (lo Stato e, con l’attuazione del primo decreto di attuazione della l. n. 42/2009, la Regione) diventa proprietario della costruzione ivi eretta ex artt. 953 e 934 c.c.

Tale inquadramento consente pertanto di pervenire all’individuazione del regime entro il quale avviene la devoluzione per accessione. E’ su questo che emerge la significativa conseguenza concreta che si discosta dall’accessione già prevista e applicata ai sensi del Codice della navigazione: al titolare del diritto di superficie del Decreto Sviluppo dovrà essere corrisposto, ex art. 936 co 2, 4 c.c., un indennizzo (che non sarebbe stato riconosciuto

in applicazione del Codice della navigazione) commisurato al valore dei materiali e della mano d'opera utilizzati, o all'aumento del valore arrecato al fondo.

Posto che il diritto all'indennizzo sorge a favore del privato, si pone la necessità di comprenderne la portata: che un indennizzo debba essere corrisposto non significa necessariamente che l'uso e l'occupazione del demanio marittimo diventino elemento di diseconomia per l'Ente, se il nuovo sistema saprà traslare, ammortizzandolo sul corrispettivo dovuto dal privato, il costo dell'indennizzo finale.

Il punto merita di essere chiarito, differenziando ancora una volta le fattispecie del diritto di superficie sulle aree inedificate dal diritto di superficie sulle aree già edificate.

Per entrambi i casi, il Decreto prevede (art. 3 co. 1 lett. c) che il corrispettivo sia determinato dall'Agenzia del demanio sulla base dei valori di mercato.

Per quanto attiene al diritto di superficie sulle aree inedificate, è da ritenere che tale corrispettivo potrà diversamente atteggiarsi a seconda della procedura che sarà - necessariamente - esperita al fine di garantire la pluralità delle offerte e la valutazione delle medesime in ottemperanza ai principi comunitari. Una prima riflessione sul punto porta a ritenere che il valore individuato dall'Agenzia del demanio potrà, a titolo esemplificativo, costituire la "base d'asta" o il valore al di sotto del quale l'offerta è da ritenersi anomala, sul quale i privati dovranno modulare la propria offerta economica. In tal caso il punteggio attribuito a quest'ultima al fine dell'aggiudicazione sarà tanto più alto quanto più alta sarà stata l'offerta. E' dunque proprio l'esperimento della procedura comparativa che potrebbe consentire all'Ente, grazie al "rialzo" di aggiudicare il bene del demanio marittimo per un corrispettivo di entità sicuramente superiore a quello attualmente percepito e tale da ammortizzare anzitempo, o almeno in parte, il costo dell'indennizzo da corrispondere allo scadere del periodo ventennale. Non solo: la disciplina dell'offerta tecnica potrebbe essere concepita di maniera tale da attribuire un punteggio maggiore alle offerte meno impattanti sotto il profilo edilizio - almeno tendenzialmente più contenute e meno costose - con conseguente minor valore dell'indennizzo finale. Oppure, più semplicemente, la *lex specialis* potrebbe contemplare un criterio (del quale si fa già ampiamente uso - confermato dalla giurisprudenza amministrativa - nelle gare per l'affidamento di servizi a termine dei quali l'Ente deve corrispondere un indennizzo), nell'ambito dell'offerta economica, consistente nel valore dell'indennizzo che l'Ente dovrà corrispondere: all'offerente che indichi un valore nullo sarebbe attribuito il punteggio massimo, mentre agli altri il punteggio determinato dalla riparametrazione. In sostanza, in questo modo, si indurrebbe il privato a formulare l'offerta sulla base di un vero e proprio "piano industriale" idoneo al perseguimento del proprio utile e,

al contempo, di evitare all'Ente di dover corrispondere il valore dell'indennizzo a mezzo di risorse proprie.

A prescindere dall'utilizzo di tali criteri, indicati peraltro a mero titolo esemplificativo, è da sottolineare che la Giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto⁴⁹ la legittimità di trasferire sul gestore entrante il pagamento dell'indennizzo al “gestore uscente”, che è così chiamato a tenerne conto nella formulazione dell'offerta, e all'adempimento successivamente all'aggiudicazione, al fine di subentrare effettivamente al “gestore” uscente.

Per quanto attiene invece alle aree già edificate, la questione è più articolata. La durata del diritto di superficie, infatti, è ancora ventennale e decorre, anche in questo caso, dalla costituzione del diritto reale. Vi è tuttavia da considerare che, qualora il diritto reale sia costituito⁵⁰ a favore del concessionario uscente, dovrà essere tenuto in debita considerazione il fatto che i canoni ad oggi corrisposti allo Stato erano stati determinati⁵¹ alla luce degli investimenti che il privato avrebbe realizzato, di modo tale da consentire a questi, che ai sensi del Codice della navigazione non avrebbe percepito alcuna indennità al termine della concessione, di ammortizzare le spese sostenute per gli investimenti. Si tratta di un aspetto che il Decreto non prende in considerazione, ma che è opportuno il legislatore considerasse. Diversamente, il concessionario a favore del quale dovesse essere costituito il “nuovo” diritto di superficie si sarebbe avvantaggiato della determinazione della durata della concessione e del canone in ragione dell'entità degli investimenti per poi vedersi corrispondere anche il valore dell'investimento.

4. Riflessioni *de iure condendo*

La disamina dei profili dianzi considerati consente una prima valutazione sull'intervento del legislatore.

In primo luogo, la netta distinzione tra il diritto di superficie destinato a costituirsi sulle aree inedificate dei soli arenili e il diritto di superficie che dovrebbe essere riconosciuto sulle aree già edificate conduce a individuare due distinti ambiti di operatività della novella.

La limitazione del primo ai soli arenili induce a ridimensionare la valutazione in ordine all'impatto dell'intervento normativo sulle fattispecie costituenti: rimangono infatti escluse

⁴⁹ In materia di servizi pubblici locali (nella specie della distribuzione del gas naturale disciplinata dal cd. “decreto Letta”), in ordine all'accollo o al trasferimento sul gestore vincitore della gara dell'indennizzo da corrispondere al concessionario uscente, si v. da ultimo, Consiglio di Stato, sezione V, 4 gennaio 2011, n. 2, in www.giustizia-amministrativa.it

⁵⁰ Il condizionale è d'obbligo, in quanto predicare la “conversione” automatica della concessione in titolo di costituzione del diritto di superficie significherebbe riconoscere l'illegittimità della novella alla luce dei principi comunitari.

⁵¹ Si v. la disciplina regionale sopra citata.

dalla costituzione del nuovo diritto di superficie tutte le costruzioni realizzabili sulla parte più interna della spiaggia, sulla quale principalmente insistono le attuali concessioni sul demanio marittimo. In altre parole, le costruzioni erette o da erigersi sulla spiaggia successivamente all'entrata in vigore del Decreto rimangono escluse dal novero delle fattispecie costitutive del diritto di superficie, e continuano ad essere ricomprese nella disciplina delle concessioni del Codice della navigazione.

L'ampiezza del secondo (non solo all'arenile, ma anche alla spiaggia e alla scogliera) risponde invece alla *ratio* di garantire i titolari delle concessioni in essere e in scadenza. Nel far ciò, il legislatore ha certamente mostrato un significativo sforzo al fine di soddisfare le aspettative di tali soggetti. Per un verso la politica legislativa statale in relazione ai rapporti in essere, infatti, si è tradotta nella descrizione di una fattispecie volutamente onnicomprensiva, mentre sotto altro profilo – fallito il *blitz* novantennale – la durata del diritto reale coincide con quella massima già indicata dal combinato disposto del Decreto Milleproroghe (quanto alla durata, nulla di nuovo dunque).

Non può tuttavia sottacersi che al fine di costituire il diritto di superficie le Regioni, ex art. 117 co. 5 Cost., dovranno necessariamente pubblicizzare e attivare le procedure di selezione, aprendo l'uso e l'occupazione del demanio marittimo alla concorrenza⁵². Si ritiene infatti che l'esperimento di tali procedure si ponga quale ineliminabile condizione per non incorrere in nuove censure comunitarie. Alla luce di ciò l'art. 3, comma 1, nella parte in cui dispone - per le aree già edificate - che “le edificazioni possono essere mantenute esclusivamente in diritto di superficie”, non può essere interpretato nel senso di consentire agli attuali concessionari l'automatico riconoscimento del diritto reale⁵³. Pertanto anche a tali fattispecie, e non solo ai diritti superficiali sulle aree inedificate, deve intendersi riferito l'art. 3, comma 1, lett. b) ove si prevede che il provvedimento costitutivo del diritto di superficie è “rilasciato nel rispetto dei principi comunitari di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità”.

In conclusione la costituzione del diritto ventennale in tale ambito, per sostenere il vaglio comunitario e costituzionale, deve comunque e sempre essere subordinata all'esperimento di una procedura di selezione tra candidati potenziali: diversamente si risolverebbe in un implicito diritto di insistenza. Ma se così è, deve osservarsi che il *favor* perseguito è lungi dall'esser stato direttamente soddisfatto.

⁵² Sul rapporto Stato-Regioni-Autonomie a seguito della Riforma del Titolo V Cost. si v. L. Benvenuti, *Industria del Turismo e beni demaniali*, in *Dir. mar.*, 2004, II, 406 ss.

⁵³ Il riferimento è ovviamente al diritto di superficie di “nuova generazione”, riconducibile alla disciplina civilistica.

Il legislatore dovrebbe altresì provvedere alla definizione di una disciplina transitoria idonea a normare il passaggio dal regime concessorio del Codice della navigazione al regime privatistico del diritto reale ex artt. 952 ss. c.c., per tutti i casi in cui il detentore della concessione risulti il vincitore della procedura di selezione per la costituzione del diritto superficario: a meritare particolare attenzione, in particolare, è il rapporto tra l'Ente e il privato nelle posizioni di dare-avere alla luce della transizione da un canone che, ad oggi, ha tenuto conto degli ammortamenti sul valore delle opere da realizzare nel corso del rapporto, e il nuovo "corrispettivo" sul diritto civilistico, che dovrà essere individuato sulla base dei "valori di mercato".

Da ultimo, in relazione al corrispettivo dovuto al titolare del diritto superficario allo scadere del ventennio, il nuovo regime del Decreto Sviluppo ha introdotto un fattore di complicazione: si costringono infatti le Regioni a escogitare procedure ad evidenza pubblica alquanto articolate, necessarie affinché le stesse non si trovino, al termine del godimento del diritto reale, a dover corrispondere un ingente indennizzo che certamente inciderebbe pesantemente sul bilancio interno⁵⁴. A tutto concedere, sarebbe stato molto più semplice correggere il regime del diritto superficario già insito nel Codice della navigazione, che non contempla l'indennizzo, prevedendo espressamente che il canone dovesse tener conto dell'ammortamento delle opere realizzate.

La novella presenta diversi limiti e, a conti fatti, sembra non aver risolto la sua principale preoccupazione di garantire i gestori uscenti⁵⁵, nè aver introdotto novità comunque diversamente risolutorie, quanto piuttosto aver complicato (rendendo altresì frammentaria la disciplina in materia) e reso ancor più incerto – nei presupposti, nella configurabilità e nella portata – il sistema di riferimento.

Ad essere soddisfatta, e consona ai caratteri di straordinaria necessità ed urgenza, è forse stata solo la necessità di evitare la conclusione della procedura di infrazione comunitaria.

Non pare dunque azzardato affermare che la questione, lungi dal potersi considerare definita, meriterà *frigido pacatoque animo*, più approfondite valutazioni e soluzioni.

⁵⁴ Si tenga altresì conto che la norma di chiusura del primo Decreto di attuazione della Legge n. 42/2009 prevede che, a seguito del trasferimento dei beni del demanio marittimo, le risorse a qualsiasi titolo spettanti alle Regioni e agli enti locali saranno "ridotte" in misura pari alla riduzione delle entrate dell'erario. Sul punto (e sulle problematiche connesse) sia consentito il rinvio a A. Greco, *Il primo decreto legislativo di attuazione della legge n. 42/2009: il federalismo demaniale*, in *Il diritto della Regione*, n. 5/2010, 32.

⁵⁵ La durata ventennale, peraltro già prevista dal Decreto Sviluppo, non assicura tali soggetti, dovendosi ritenere comunque subordinata all'esperimento della procedura comparativa.