

Autotutela della pubblica amministrazione tra affidamento del privato e garanzia degli investimenti – Il caso specifico delle Imprese terminaliste portuali.

Sommario:

1. La Riforma dell'Ordinamento portuale nel quadro economico e occupazionale italiano. 2. Dalle Autorità portuali alle Autorità di Sistema portuale – la natura giuridica di tali Enti. 3. L'Imprenditore terminalista. 4. Lo schema di Regolamento recante la disciplina di affidamento in concessione di aree e banchine, comprese nell'ambito portuale, di cui all'art. 18, comma 1, legge 28 gennaio 1994, n. 84. 5. L'autotutela nei confronti del terminalista portuale – annullamento: presupposti, limiti residualità in concreto. 6. Il procedimento di verifica sulla concreta attuazione del programma di investimenti e delle attività correlate alla concessione da parte del concessionario – La revoca della concessione art. 42 cod. nav. – La decadenza dalla concessione art. 47 cod. nav. 7. Conclusioni.

1. La Riforma dell'ordinamento portuale nel quadro economico e occupazionale italiano.

L'Italia sta attraversando un'importante fase di riforma e mutamento dell'ordinamento portuale.

Con il decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169, che ha dato attuazione alla delega di cui all'art. 8, comma 1, lett. f), della legge 7 agosto 2015, n.124 (in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, cosiddetta Riforma Madia) sono state introdotte importanti novità nella *governance* e negli assetti organizzativi degli Enti preposti all'amministrazione dei principali porti italiani, con previsioni di realizzazione di importanti investimenti nel settore marittimo.

L'interesse del legislatore per l'ordinamento portuale è direttamente correlato all'importanza che l'"economia del mare", riveste nel settore dei trasporti marittimi e, più in generale, nell'ambito dell'intera economia nazionale.

Il ruolo strategico del cluster marittimo¹ nell'economia nazionale emerge in modo eloquente ove si considerino alcuni dati²:

- l'Italia, con oltre 50 miliardi di euro di import-export marittimo, supera nel 2016 Germania e Francia negli scambi via mare con i Paesi dell'area MENA (Middle East and North Africa);
- a livello di trasporto merci, il 70% circa delle importazioni e il 50% circa delle esportazioni italiane si realizza via mare;
- lo Stato italiano permane il Paese UE leader nello Short Sea Shipping (trasporto marittimo a corto raggio) nel Mediterraneo con 216 milioni di tonnellate di merci ed una quota di mercato pari al 36%. Il nostro Paese è primo al mondo per flotta Ro-Ro (Roll on Roll off, trasporto autoveicoli e automezzi gommati) con oltre 5 milioni di tonnellate di stazza lorda;
- i porti italiani superano, per il secondo anno consecutivo 480 milioni di tonnellate di merci movimentate e per il quarto anno consecutivo rimangono sopra la soglia dei 10 milioni di Teus. Il segmento Ro-Ro continua a crescere: superate le 93,6 milioni di tonnellate.

Nonostante una lunga crisi economica mondiale (iniziata nel 2007 e protrattasi per circa 7 anni, e che ha portato ad una contrazione del Pil nazionale e della spesa delle famiglie del 10% circa, alla perdita di circa un milione di posti di lavoro e ad una riduzione della capacità produttiva del sistema economico nel suo complesso del 20% circa), il cluster marittimo nazionale ha conservato in tale arco temporale il tradizionale contributo ai principali aggregati economici del Paese, continuando a svolgere quelle funzioni di servizio e supporto all'economia italiana, sempre più indispensabili per un paese moderno e ad elevata relazionalità.

Durante gli anni nei quali si sono avvertiti gli effetti più aspri della crisi economica, il contributo del cluster marittimo al Pil del Paese si è mantenuto sostanzialmente stabile. Il Pil del cluster marittimo nell'anno 2011 assommava 33.498 (milioni di euro correnti), corrispondente al 2,04% del PIL nazionale, mentre nell'anno 2013 ammontava 32.628 (milioni di euro correnti), pari al 2,03% dell'intero PIL nazionale³.

¹ La locuzione "cluster marittimo" designa il complesso delle attività industriali di produzione di beni o di servizi e i soggetti istituzionali, oltre alla ricchezza generata dall'indotto turistico della nautica e dalla spesa dei crocieristi sul territorio nazionale. Sinteticamente si articola in due settori fondamentali: 1) Attività industriali, manifatturiere e terziarie (comprendono i seguenti comparti: trasporti marittimi (inclusa la spesa dei crocieristi), attività di logistica portuale e servizi ausiliari ai trasporti marittimi, cantieristica navale, cantieristica delle imbarcazioni da diporto (comprensivo della spesa dei diportisti), pesca; 2) Organi istituzionali del comparto marittimo la Marina Militare, le Capitanerie di porto-Guardia costiera, le Autorità portuali e i servizi dell'Inail concernenti il settore marittimo e le altre attività istituzionali pubbliche connesse ai traffici marittimi (Dogane, Sanità marittima, Polizia di Frontiera).

² Fonte: *Port Indicators*, rapporto al 30 marzo 2017 frutto della sinergia tra l'Associazione dei porti italiani (Assoport) e il Centro Studi e ricerche per il Mezzogiorno (Srm, quest'ultimo collegato al gruppo Intesa Sanpaolo).

³ Fonte: Censis, *The Fifth Maritime Economy Report* (2015).

Più di recente, si registra una tendenza assai più incoraggiante⁴.

La produzione del cluster marittimo nel suo complesso nel 2015 ha sfiorato i 43 miliardi di euro di valore aggiunto prodotto, pari al 3,5% del totale dell' economia nazionale, coinvolgendo oltre 835 mila occupati.

In Italia, sulla base dei dati del Registro delle imprese, a fine 2015 sono 185 mila le imprese che operano nell'economia del mare, pari al 3,1% del totale imprenditoriale dell'Italia. Iniziative in cui trovano spazio i giovani con circa il 10%, le donne con quasi il 21%, e gli stranieri con ben oltre il 5 per cento.

Come noto, una dei punti di forza di quello che viene definito il volto "blu" della nostra economia è proprio la sua intensa capacità moltiplicativa, perché per ogni euro prodotto direttamente, riesce ad attivarne altri 1,9 sul resto dell'economia, arrivando nel 2015 a costituire una filiera, tra produzione diretta e indiretta, di 123 miliardi di euro di valore aggiunto, corrispondente a quasi il 9% del totale nazionale.

I dati sinteticamente riportati illustrano in modo evidente la peculiare rilevanza dell'azione riformatrice in itinere che, in ultima analisi, si propone di migliorare sensibilmente la competitività del settore portuale e marittimo italiano.

2. Dalle Autorità portuali alle Autorità di Sistema portuale – la natura giuridica di tali Enti.

Giova, sia pure in estrema sintesi, delineare le principali tappe evolutive dell'Ordinamento portuale italiano.

La disciplina dei porti italiani, in epoca antecedente alla storica riforma del 1994⁵, era incentrata essenzialmente sulle norme e sui principi contenuti nel codice della navigazione e nel relativo regolamento di attuazione e su di un' articolata legislazione speciale che, fin dagli inizi del '900, aveva dato luogo alla istituzione, nei porti principali, di appositi Enti preposti alla loro gestione.

Gli Enti-porto, pur nelle diverse denominazioni, erano qualificati espressamente, dalla legge istitutiva o dalla giurisprudenza, come enti pubblici economici ed erano accomunati dalla caratteristica di svolgere, nel contempo, sia l'attività di impresa (stipulando contratti di caricazione/scaricazione e movimentazione delle merci, di deposito, e così via) sia le funzioni pubblicistiche connesse all'amministrazione delle aree portuali interessate dai traffici ed al controllo dell'attività di impresa.

Tale modello, caratterizzato dalla commistione di funzioni amministrative ed imprenditoriali, finiva tuttavia inevitabilmente per avere ripercussioni negative nel settore delle operazioni e dei servizi portuali, per la sostanziale mancanza di un sistema concorrenziale.

Sotto la spinta delle profonde trasformazioni che hanno investito il sistema dei trasporti, della logistica e del commercio marittimo e con l'affermarsi dei principi e delle norme di derivazione comunitaria in materia di libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali e di tutela della concorrenza⁶, si giunse oltre vent'anni fa all'emanazione della prima riforma organica dell'ordinamento dei porti.

Con l'entrata in vigore della legge 28 gennaio 1994, n. 84, si è procedette nel senso della liberalizzazione del mercato delle operazioni e dei servizi portuali assegnando alle Autorità portuali il compito di promuovere al massimo livello possibile la concorrenza in un settore caratterizzato da una naturale limitatezza delle infrastrutture di riferimento.

Il fulcro della disciplina introdotta dalla legge n.84 del 1994 era senza dubbio l'istituzione nei principali porti italiani delle Autorità portuali, succedute ai precedenti enti ed organizzazioni portuali, a cui la legge attribuisce, sul modello della c.d. Landlord Port Authority dei porti dell'area anseatica e degli scali spagnoli, le funzioni pubblicistiche di programmazione, pianificazione territoriale dell'ambito portuale, e quelle di indirizzo coordinamento e controllo sulle attività svolte nel porto (cfr. artt. 5, 6, 8, 9, 16 e 18 L.84 del 1994).

Nella citata legge 84/1994, con un radicale mutamento rispetto al passato, è stato sancito il principio cardine della (tendenziale e) netta separazione tra il ruolo svolto dall'Autorità pubblica, titolare dei poteri di regolazione in funzione della tutela della concorrenza e di altri rilevanti interessi pubblici, e quello demandato agli operatori privati a cui tendenzialmente è affidato l'esercizio delle attività

⁴ Fonte: V Rapporto Unioncamere sull'Economia del Mare (2016).

⁵ Sulla evoluzione e sull'attuale assetto dell'Ordinamento portuale italiano, si segnalano: Sergio M. CARBONE, Francesco MUNARI, La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno, Giuffrè Ed., Milano, 2006; Maurizio MARESCA, La governance dei sistemi portuali, Il Mulino, Bologna, 2006; Stefano ZUNARELLI, Lezioni di diritto dei trasporti, Libreria Bonomo, Bologna 2006; Maurizio MARESCA, La regolazione dei porti tra diritto comunitario e diritto interno, Giappichelli Ed., Torino, 2001.

⁶ Sull'influenza dei principi del diritto dell'Unione europea sull'ordinamento portuale italiano, si veda la storica sentenza Corte Giustizia, 10 dicembre 1991, causa C-179/90, Mercati Convenzionali Porto di Genova c. Soc. Siderurgica Gabrielli, in Foro it., 1992, IV, 225 ss.. Inoltre, sul tema: Comunicazione della Commissione Ce, 31 luglio 1992, in Dir. mar., 1992, 855; Cons. Stato, Sez. II, parere 13 maggio 1992, in Dir. mar., 1992, 672.

economiche⁷.

Questo sistema, che nella prima fase di applicazione ha fatto registrare risultati assai positivi in termini di sviluppo dei traffici marittimi, si è tuttavia mostrato anch'esso progressivamente inadeguato⁸.

Da un lato, infatti la frammentazione della portualità italiana ha sovente determinato l'assenza di strategie economiche, commerciali e di sviluppo di respiro nazionale (e internazionale), privilegiando visioni localistiche incompatibili con le esigenze poste dall'economia globale e del tutto inadeguate a fronteggiare la serrata concorrenza dei porti stranieri che si affacciano sul bacino del Mediterraneo.

D'altro canto, il "sistema mare" italiano presenta fattori di debolezza quali la carenza e l'inadeguatezza di infrastrutture fisiche, il calo di competitività nella fase del transhipment e l'incremento delle quote di mercato dei porti nordeuropei (Rotterdam, Amburgo e Anversa in particolare) nel traffico merci intercontinentale. A ciò si aggiunge la mancata previsione di sistemi di interconnessione e di collegamenti interni che fossero in grado di rispondere efficacemente alla domanda internazionale di servizi specialistici complessi su scala nazionale.

Tutto ciò era aggravato dalla lentezza nella fase di adozione delle scelte gestionali, determinata oltre che dal pressoché inestricabile intreccio giuridico-burocratico che disciplinava la pianificazione territoriale delle aree portuali e la programmazione e realizzazione degli interventi infrastrutturali, dalla pletrica composizione dei comitati portuali nei quali sedevano anche i rappresentanti delle categorie produttive assoggettati all'azione regolatrice delle sopresse Autorità portuali. Il che, com'è agevole intendere, lasciava spazio alla presenza di non trascurabili conflitti di interesse.

La nuova stagione di riforme ha preso avvio con l'art. 29 comma 1, del Decreto Legge n. 133 dell'11 settembre 2014 convertito dalla legge n. 164 dell'11 novembre 2014, che ha previsto l'adozione del piano strategico nazionale della portualità e della logistica⁹ con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri. Ciò fine "di migliorare la competitività del sistema portuale e logistico, di agevolare la crescita dei traffici delle merci e delle persone e la promozione dell'intermodalità nel traffico merci, anche in relazione alla razionalizzazione, al riassetto e all'accorpamento delle Autorità Portuali esistenti".

Indi, dopo l'adozione dell'anzidetto Piano strategico, l'art.8, lett. f), della legge 7 agosto 2015, n.124 (c.d. Riforma Madia) - nel solco tracciato dalle disposizioni dell'art. 29 del cosiddetto decreto "Sblocca Italia" - ha delegato il Governo a procedere alla riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, con particolare riferimento al numero, all'individuazione di autorità di sistema nonché alla *governance*, tenendo conto del ruolo delle regioni e degli enti locali e alla semplificazione e unificazione delle procedure doganali e amministrative in materia di porti.

Dopo un gestazione di circa un anno, previa acquisizione del parere del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari competenti, si è giunti alla emanazione del decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169, recante la Riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84 (pubblicato sulla G. U. n.203 del 31-8-2016 e entrato in vigore il 15 settembre 2016, ad eccezione delle disposizioni di cui all'articolo 22, comma 2 che entrano in vigore il 31/08/2016).

Quanto alla *governance* i porti italiani vengono riorganizzati in 15 Autorità di sistema portuale (con una sensibile riduzione rispetto alle 24 Autorità portuali) Si tratta di Enti con sedi nelle realtà maggiori, ovvero nei porti definiti core dalla Comunità Europea. Il

⁷ A mente dell'art. 6, comma 11, nuovo testo della legge 28 gennaio 1994, n.84:« Le AdSP non possono svolgere, né direttamente né tramite società partecipate, operazioni portuali e attività ad esse strettamente connesse. Con le modalità e le procedure di cui all'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche ed integrazioni, l'AdSP può sempre disciplinare lo svolgimento di attività e servizi di interesse comune e utili per il più efficace compimento delle funzioni attribuite, in collaborazione con Regioni, enti locali e amministrazioni pubbliche. Essa può, inoltre, assumere partecipazioni, a carattere societario di minoranza, in iniziative finalizzate alla promozione di collegamenti logistici e intermodali, funzionali allo sviluppo del sistema portuale, ai sensi dell'articolo 46 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.» Inoltre, ai sensi del comma 10 del predetto art. 6: «L'esecuzione delle attività di cui al comma 4, lettera b) è affidata in concessione dall'AdSP mediante procedura di evidenza pubblica, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.» Si tratta delle attività di manutenzione delle parti comuni del porto e della fornitura dei servizi di interesse generale a titolo oneroso agli utenti portuali)

⁸ Per un primo commento critico alla Riforma della portualità introdotta dal Decreto legislativo 4 agosto 2016, n.169 si veda, P. Rubecchini, Critica della ragion portuale: una prima analisi del D.Lgs. n. 169/2016, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.1/2017, pag.19 e ss..

⁹ Con la sentenza n. 261/2015 depositata l'11 dicembre 2015, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 29, comma 1, dello Sblocca Italia (decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164), nella parte in cui non prevede che il piano strategico nazionale della portualità e della logistica sia adottato in sede di Conferenza Stato-Regioni.

decreto prevede che alle nuove Autorità di sistema portuale faranno riferimento 57 porti di rilevanza nazionale.

Alle Autorità di Sistema portuale viene affidato un ruolo strategico di indirizzo, programmazione e coordinamento del sistema dei porti della propria area. I nuovi Enti avranno funzioni di attrazione degli investimenti sui diversi scali e di raccordo delle amministrazioni pubbliche. La stretta relazione con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, a cui sono attribuiti poteri d'indirizzo e di vigilanza, potrà influire positivamente in particolare sulla redazione il Piano Regolatore di Sistema Portuale e sui programmi infrastrutturali da finanziare con contributi nazionali o comunitari.

In ordine alla riorganizzazione amministrativa, l'Autorità di Sistema Portuale sarà governata in modo snello: il Presidente, il Comitato di gestione, cioè un *board* ristretto a poche persone, il Segretario Generale, il Collegio dei Revisori dei Conti. Rispetto agli attuali Comitati Portuali, si passa da circa 336 membri a livello nazionale a circa 70.

Il decreto legislativo si propone un ambizioso obiettivo di semplificazione burocratica: rispetto ai 113 procedimenti amministrativi, svolti da 23 soggetti, funzioneranno lo Sportello Unico Doganale e dei Controlli, da realizzare sotto il coordinamento funzionale dell'Agenzia delle Dogane, e lo Sportello Amministrativo Unico, un front office per tutti i procedimenti amministrativi e autorizzativi che non riguardano le attività commerciali e industriali. Due sportelli che abbasseranno drasticamente i tempi di sdoganamento e amministrativi, oggi imparagonabilmente più lunghi rispetto ai maggiori porti internazionali.

Il legislatore delegato in relazione alla natura giuridica delle neo-istituite Autorità di sistema Portuale precisa che si tratta di enti pubblici non economici di rilevanza nazionale a ordinamento speciale, dotati di autonomia amministrativa, organizzativa, regolamentare, di bilancio e finanziaria (art. 6, comma 5, nuovo testo della legge 84 del 1994).

Nonostante tale espressa qualificazione normativa, permangono talune perplessità soprattutto in dottrina circa la qualificazione delle AdSP quali Enti pubblici non economici *tout court*.

L'analisi del quadro normativo secondo taluni commentatori sembrerebbe mostrare la compresenza di una duplice natura in capo alle Autorità di Sistema portuale: l'una, legata alla titolarità di poteri esclusivamente pubblicistici di regolamentazione e di controllo, essenzialmente volti a garantire il rispetto delle regole di mercato tra le imprese operanti nel porto; l'altra (almeno apparentemente contraddittoria) di profilo economico-commerciale, derivante dall'esercizio di attività accessorie o strumentali rispetto ai compiti istituzionali, nonché dall'erogazione diretta di servizi di interesse generale.

Si tratterebbe secondo tale ricostruzione di una figura di "pubblica amministrazione" complessa e ibrida¹⁰, certamente non riconducibile né a una pubblica amministrazione in senso proprio né a quella tradizionale dell'imprenditore pubblico (ente pubblico economico).

3. L'Imprenditore terminalista.

Nella legge non è rinvenibile alcuna definizione di "terminale portuale" né di "imprenditore terminalista". Tale nozione va ricavata dalla disciplina introdotta dalla legge 28 gennaio 1994, n. 84 in materia di operazioni portuali e di concessioni di aree e banchine.

L'art. 16 della citata legge 84/1994 recante il riordino della legislazione in materia portuale, anche nel testo in vigore dopo l'adozione del d lgs.vo 169/2016, precisa la definizione delle operazioni, stabilendo che sono operazioni portuali il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito, il movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale, svolti nell'ambito portuale.

L'esercizio di tali attività, per conto proprio o di terzi, è soggetto ad autorizzazione delle autorità portuali (ora Autorità di Sistema portuale).

Ciascuna AdSP sentita la commissione consultiva locale, determina il numero massimo di autorizzazioni che possono essere rilasciate, in relazione alle esigenze di funzionamento del porto e del traffico, assicurando, comunque, il massimo della concorrenza nel settore.

¹⁰ In dottrina, per un'opinione critica sulla natura giuridica delle Autorità portuali, M. CALABRÒ, Il controverso inquadramento giuridico delle Autorità portuali, in Foro Amministrativo - T.A.R. (II), fasc.9, 2011, pag. 2923; si veda altresì D. MARESCA, La natura giuridica dell'autorità portuale alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, nota a Corte d'Appello di Bari, 3 luglio 2013, n. 753, in Diritto marittimo 2014, pagg. 147 e ss.; Vermiglio G., voce "Autorità portuale", in Enc. del diritto, VI Aggiornamento, Milano, 2002, pag.194 e ss.; SIRAGUSA S., Le Autorità portuali come figura ibrida di gestione, in Foro Amm. CDS 2008, pag 168 e ss.

Il rilascio delle autorizzazioni all'esercizio delle operazioni portuali è subordinato al possesso di requisiti di carattere personale e tecnico-organizzativo¹¹, 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 non inferiore ad un anno con un piano di investimenti, eventualmente suddiviso per settori, di costi presumibili e di prospettive di traffici e la determinazione di un organico di lavoratori.

L'articolo 18, comma 1, della legge n. 84 del 1994, prevede, in tema di concessione di aree e banchine, che le Autorità portuali «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...»

Orbene, sulla base del combinato disposto di cui ai richiamati articoli 16 e 18 della legge n.84 del 1994, per imprenditore terminalista deve intendersi **l'imprenditore privato autorizzato all'esercizio delle operazioni portuali** ai sensi dell'art. 16 della legge 84 del 1994, **beneficiario altresì di un provvedimento di concessione di aree e banchine**¹².

Il cosiddetto terminale marittimo, si configura come uno spazio del porto attrezzato e costituito da banchine, piazzali, magazzini, pertinenze e così via gestito professionalmente dall'Impresa terminalista che si rende responsabile nei confronti dell'utenza dell'intero ciclo delle operazioni portuali e frequentemente anche di gestire attività industriali e commerciali e servizi logistici. Si pensi a titolo esemplificativo ai terminali petroliferi che posso provvedere oltre allo stoccaggio anche alle attività di raffinazione e trasporto mediante oleodotti, oppure ai Terminal contenitori per la movimentazione, trasbordo, sbarco e reimbarco dei contenitori, ovvero a terminal frigo e ai Terminal per esportazione di autovetture.

E' di tutta evidenza la peculiarità e l'importanza, dal punto di vista economico-produttivo, di questa tipologia di provvedimenti concessori, sensibilmente diversi dalle tradizionali concessioni regolate dal Codice della Navigazione¹³. Nella concessione di aree e banchine alle Imprese terminaliste nella quasi totalità dei casi mediante la concessione viene demandata la esecuzione di opere di (grande) infrastrutturazione e sovrastrutturazione delle aree demaniali concesse.

In tali casi, l'impresa terminalista non assume soltanto un ruolo di mero godimento di aree portuali (attrezzate) ma provvede essa stessa a realizzarle occupandosi della gestione dell'intero ciclo delle operazioni, con largo impiego di risorse umane, attrezzature e mezzi di rilevante valore, secondo un modello che richiama talune analogie con l'istituto della concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche.

Una siffatta configurazione dell'operatore terminalista portuale fatalmente finisce per porre problemi di compatibilità con i principi di diritto comunitario in materia di tutela della concorrenza e divieto di abuso di posizione dominante, con specifico riferimento al problema della qualificazione del porto (ovvero, di parti rilevanti di esso) quale "essential facility" ("infrastruttura essenziale").

Com'è noto, la cd. "Essential facility Doctrine", studiata sotto diversi profili anche dalla dottrina italiana¹⁴, è stata elaborata e sviluppata nell'ambito della disciplina statunitense sull'antritrust, al fine di chiarire «special obligations in relation to third party access for operators of railway infrastructure, sports stadiums, power distribution networks, news agencies, ski station etc...».¹⁵

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 Sealink¹⁶ e Porto di Rødby¹⁷, 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

¹¹ D.M. 31 marzo 1995, n. 585, emanato dal Ministero dei trasporti e della navigazione che reca il Regolamento recante la disciplina per il rilascio, la sospensione e la revoca delle autorizzazioni per l'esercizio di attività portuali.

¹² Con l'introduzione della concessione portuale faceva altresì la sua comparsa la figura della cd. impresa terminalista, Cfr., in particolare, E. VINCENZINI, Una realtà portuale e una figura giuridica nascente: il terminal operator, in *Diritto dei Trasporti*, 1989, 61 ss..

¹³ 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 affidamento in concessione delle aree del demanio marittimo all'interno dei porti commerciali, in *Dir. trasp.*, 2009, 65 ss.

¹⁴ 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 Assotiation*, 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 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)».

¹⁵ 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.

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».

Si pone dunque il problema di arginare i tentativi di operatori che, trovandosi a gestire determinate strutture portuali in una posizione di mercato sostanzialmente monopolistica, possano impedire ai nuovi operatori interessati a gestire le medesime strutture.

In via generale, si è fatto osservare che 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)¹⁸.

Sulla base delle richiamate decisioni della Commissione, si è anche fatto notare 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»¹⁹.

A tal fini, l'art.18 della legge 84 del 1994 prevede che in ciascun porto l'impresa concessionaria di un'area demaniale deve esercitare direttamente l'attività per la quale ha ottenuto la concessione, e 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.

La legge 84 del 1994 rinvia a un successivo decreto (di competenza Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e finanze) i criteri per la determinazione dei canoni di concessione commisurati all'entità dei traffici portuali svolti, e stabilisce che le concessioni sono affidate, anche, sulla base di idonee forme di pubblicità, previste dallo stesso decreto. Con il medesimo decreto, sempre secondo quanto previsto dall'art. 18, dovrebbero essere determinati:

- 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.

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 in discussione.

Con il predetto decreto debbono, altresì, essere 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.

Si prevede, ancora, espressamente che, con il menzionato decreto, il Ministro competente adegui la disciplina (nazionale) relativa alle concessioni di aree e banchine alle normative comunitarie.

E' importante notare che, sulla base della disciplina legislativa, per le iniziative di maggiore rilevanza il Presidente dell'autorità di sistema portuale può concludere, previa delibera del Comitato di Gestione, accordi sostitutivi della concessione demaniale, ai sensi dell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Le concessioni o gli accordi procedurali sostitutivi possono comprendere anche la realizzazione di opere infrastrutturali.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ V. E. VAN HOOYDONK, Legal aspects of port competition, cit., 130.

¹⁹ S. M. CARBONE - F. MUNARI, La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno, cit., 247.

La disciplina di rango legislativo prescrive ancora che, ai fini del rilascio della concessione, è richiesto che i destinatari dell'atto concessorio:

- 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;
- 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;
- c) prevedano un organico di lavoratori rapportato al programma di attività di cui alla lettera a).

La norma primaria in definitiva vieta che il medesimo imprenditore possa essere investito della gestione di più di una infrastruttura complessa portuale, a meno che la nuova struttura abbia un'attività differente dalla prima.

Sempre l'art. 18, prevede che le AdSP 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 alla citata lettera a).

In caso di mancata osservanza degli obblighi assunti da parte del concessionario, nonché di mancato raggiungimento degli obiettivi indicati nel programma di attività, senza giustificato motivo, le Autorità revocano l'atto concessorio.

Nonostante la indubbia centralità per l'ordinamento portuale della disciplina contenuta nell'art. 18 della legge 84/94, in quanto la sua piena attuazione mediante l'emanazione del citato decreto interministeriale avrebbe potuto consentire una più efficace azione regolatrice da parte degli Enti portuali, il potere esecutivo è rimasto inerte per oltre vent'anni.

E' verosimile che tale inerzia, più che trovare le proprie ragioni in una semplice dimenticanza, sia stato il frutto di una precisa scelta politica.

Come rilevato dal Consiglio di Stato infatti, l'articolo 27, comma 4, della legge n. 84 del 1994 dispone che, sin dalla data di entrata in vigore della riforma, le Autorità portuali dovessero procedere alla revoca di autorizzazioni e concessioni assentite a soggetti che non avessero i requisiti di cui agli articoli 16 e 18, o la cui attività non fosse coerente con le linee programmatiche di sviluppo dei traffici nel porto.

Ciò ha indotto alla interpretazione per cui, nonostante la perdurante mancata emanazione del previsto regolamento di attuazione dell'articolo 18, legge n. 84 del 1994, la norma era da intendersi come immediatamente applicabile limitatamente alle disposizioni sufficientemente dettagliate ed ai principi in essa contenuti, peraltro in analogia, come noto, con quanto previsto per le direttive comunitarie c.d. *self executing*.

E' dunque lecito ritenere che i Governi succedutisi negli ultimi vent'anni abbiano consapevolmente abdicato all'esercizio della potestà regolamentare in materia, lasciando più ampi margini di discrezionalità agli Enti portuali, confidando nella elaborazione della giurisprudenza (in particolare quella amministrativa) che ha progressivamente contribuito a far mergere anche in materia di concessioni di beni demaniali la necessità dell'applicazione dei principi dettati dal Trattato UE in particolare, quelli non discriminazione, proporzionalità, pubblicità e trasparenza²⁰.

4. Lo schema di Regolamento recante la disciplina di affidamento in concessione di aree e banchine, comprese nell'ambito portuale, di cui all'art. 18, comma 1, legge 28 gennaio 1994, n. 84.

Con l'apprezzabile intento di colmare, trascorsi oltre venti anni dall'entrata in vigore della legge di riforma dell'ordinamento portuale, la rilevante lacuna normativa, nonché di introdurre misure più incisive di trasparenza e pubblicità, e di uniformare un regime fino ad ora troppo rimesso alle scelte discrezionali delle singole Autorità, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia, ha elaborato uno schema di Regolamento per disciplinare l'affidamento in concessione di aree e banchine per dare finalmente attuazione al citato art. 18 della legge 84 del 1994.

²⁰ Allo stato, le uniche indicazioni sui criteri per l'affidamento delle concessioni di cui all'art.18 della legge . 84 del 1994, sono rinvenibili nella Circolare adottata dal Ministero dei Trasporti e della Navigazione n.41 del 6 maggio 1996 (a firma Massimo D'ANTONA), le cui linee essenziali riguardano: a) l'assegnazione della concessione demaniale per mezzo di gara a cui potranno essere ammessi soggetti operanti nell'ambito UE; b) adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; c) fissazione di un canone annuo pari a almeno un ventesimo del valore dell'area, delle strutture e degli impianti non rilevati, dedotta l'entità degli investimenti strutturali; d) incremento del canone effettivo, dopo il quarto anno, pari al 5% annuo o alla maggiore misura relativa all'aumento della media degli indici ISTAT per i prezzi al consumo delle famiglie di operai e impiegati per i corrispondenti valori del mercato dall'ingrosso.

Il testo odierno si compone di 15 articoli e, nelle intenzioni degli estensori, si propone lo scopo di tracciare un quadro normativo di riferimento organico e preciso, in linea con i principi dell'ordinamento comunitario, oltre che idoneo a creare le condizioni (anche e soprattutto in termini di certezza giuridica) per la realizzazione degli investimenti infrastrutturali necessari allo sviluppo dei porti.

Lo schema di decreto delinea fondamentalmente due procedure distinte a seconda che si tratti di nuove istanze che abbiano ad oggetto beni demaniali non gestiti (c.d. green fields) ovvero le istanze di rinnovo concernenti concessioni già in essere.

Per quanto attiene alle nuove concessioni, la procedura si articola nelle seguenti fasi principali:

- 1) **Presentazione della domanda di rilascio di concessione** avente ad oggetto l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali o banchine comprese nell'ambito portuale, demaniale in ambito portuale da parte imprese in possesso dei necessari requisiti di capacità professionale, tecnica, organizzativa ed economico-finanziaria, commisurati alla domanda di concessione presentata;
- 2) **Pubblicazione della domanda di concessione** sul sito istituzionale dell'Autorità concedente nonché, per le concessioni demaniali di durata inferiore o pari a quattro anni, sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana ovvero, per le concessioni di durata superiore a quattro anni, sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea;
- 3) In sede di pubblicazione della domanda, l'autorità concedente indica il termine, che non deve essere inferiore a trenta giorni e superiore a novanta giorni, per la **presentazione da parte degli interessati di osservazioni ovvero di domande concorrenti** (cosiddetto avviso *ad opponendum*);
- 4) **Istruttoria**: L'autorità concedente indice apposita conferenza di servizi per l'acquisizione dei pareri e cura lo svolgimento dell'istruttoria ai sensi della legge 241/1990, verificando la coerenza dell'istanza o delle istanze concorrenti pervenute, e dei relativi programmi di attività, con il piano regolatore portuale di cui all'articolo 5 della legge n. 84 del 1994 e con il piano strategico nazionale della portualità e della logistica;
- 5) **Valutazione comparativa** Nel caso di più domande di concessione, l'autorità concedente procede alla valutazione comparativa delle domande concorrenti, nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 37 del codice della navigazione, tenendo conto dei seguenti criteri: a) grado di coerenza con le indicazioni del piano strategico nazionale della portualità e della logistica, salva l'applicazione dell'articolo 5, comma 4; b) capacità di assicurare le più ampie condizioni di accesso al terminal alle linee di navigazione e ai caricatori interessati; c) natura e rilevanza degli investimenti infrastrutturali e sovrastrutturali quali impianti, attrezzature e tecnologie finalizzate allo sviluppo della produttività portuale, alla tutela dell'ambiente e della sicurezza, sia in termini di "safety" che di "security", compresa la valutazione della struttura di finanziamento al riguardo proposta; d) obiettivi di traffico e di sviluppo della logistica portuale e retroportuale e della modalità ferroviaria; e) piano occupazionale, comprendente anche le indicazioni sull'utilizzo della manodopera temporanea; f) capacità di assicurare una adeguata continuità operativa del porto; g) sostenibilità ed impatto ambientale del progetto industriale proposto dall'impresa richiedente, livello di innovazione tecnologica e partenariato industriale con università e centri di ricerca contenute nel programma di attività.

In ordine invece alla procedura di rinnovo (art. 10 dello schema di decreto):

- 1) il concessionario può chiedere il rinnovo della concessione demaniale rilasciata, avanzando apposita **istanza motivata**;
- 2) l'autorità concedente, valutata la coerenza del rinnovo richiesto con gli indirizzi pianificatori e strategici della stessa autorità, con il piano regolatore portuale e con il piano strategico nazionale della portualità e della logistica, procede alla **pubblicazione della domanda di rinnovo** secondo le modalità innanzi descritte;
- 3) nel caso in cui il rinnovo della concessione demaniale comporti complessivamente un godimento del bene superiore a venticinque anni, sulla istanza di rinnovo l'autorità concedente acquisisce preventivamente il **parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti**;
- 4) **in mancanza di istanza di rinnovo o di nuove istanze di concessione demaniale**, ovvero **in caso di diniego delle stesse**, l'autorità concedente procede all'individuazione del concessionario mediante la pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di domande per l'utilizzazione dei beni demaniali o delle banchine compresi nell'ambito portuale.

Nel caso di avvicendamento di diversi soggetti concessionari nel godimento della concessione, si prevede che le opere non amovibili costruite sul demanio marittimo vanno demolite solo nel caso di emersione di circostanze imprevedibili per l'amministrazione concedente e sopravvenute all'autorizzazione alla loro costruzione tali da rendere incompatibile con dette opere un diverso uso dell'area stessa più rispondente agli interessi pubblici.

Il regolamento disciplina altresì anche le vicende soggettive successive al rilascio della concessione: quali il verificarsi di variazioni negli assetti di controllo nel corso della concessione demaniale, prevedendo, in particolare, che il mutamento non pregiudichi il rispetto dei programmi di investimento presentati e del piano economico-finanziario allegato all'istanza all'atto dell'avvio della richiesta. E' possibile, in tali ipotesi, che l'autorità concedente, in determinate circostanze, proceda ad una nuova istruttoria volta a verificare la permanenza dei presupposti per il rilascio e il godimento della concessione assentita.

Il concessionario uscente ha altresì diritto ad un indennizzo da parte del subentrante, nel caso in cui il concessionario ha effettuato investimenti, in relazione al valore dei beni non amovibili realizzati o acquistati per l'esercizio della concessione demaniale, aggiuntivi rispetto a quelli previsti nel programma degli investimenti, debitamente autorizzati dall'autorità concedente e non ancora ammortizzati. Il valore di tali investimenti deve essere oggetto di perizia redatta da esperti, a cura del concessionario uscente e del subentrante.

Sullo schema di decreto il Ministro competente ha provveduto ad acquisire il parere della Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato che si è pronunciato con due atti.

Con il primo parere interlocutorio (adunanza 7 aprile 2016)²¹, il Consiglio di Stato condivide, le linee generali dell'intervento attuativo del Governo, ha manifestato perplessità in relazione alla modalità di selezione del concessionario, giudicata non soddisfacente.

Secondo il Supremo Consesso, la procedura strutturata secondo il c.d avviso *ad opponendum* garantisce sì la pubblicità e visibilità dell'azione amministrativa, ma non limita minimamente la discrezionalità dell'ente pubblico, stante l'assenza di un bando e la mancata predeterminazione di criteri di selezione delle domande.

Inoltre, la comparazione tra più domande in concorrenza diviene ancor più complessa presentando caratteri di ampia discrezionalità, non sempre riconducibili al mero dato tecnico. Basti pensare al rilievo del "programma di attività" dell'impresa, documento ove è consacrato il ruolo del privato come partner operativo dell'amministrazione, per il conseguimento di quell'obiettivo di "sviluppo dei traffici nel porto" che è proprio dell'attività di indirizzo e promozione dell'Autorità Portuale: la ponderazione di elementi come "l'effetto delle strategie di impresa per la promozione dei traffici", il potenziale "riflesso dell'attività sull'economia portuale", l'effettiva capacità del richiedente di conseguire i "risultati previsti", sfuggono a requisiti di obiettività rigorosi. Un ruolo decisivo giocheranno, sul punto, i piani di investimento prospettati, il valore delle prestazioni rese, la capacità di fornire un ciclo completo di operazioni, relazionate alla complessiva affidabilità dell'impresa quale è desumibile dai requisiti personali e professionali.

I giudici di Palazzo Spada ritengono che la procedura, finalmente in via di definizione, per la selezione del concessionario dovrebbe tendere ad una normalizzazione dei margini di discrezionalità, acquisendo le caratteristiche effettive della "procedura di gara", ove la più proficua utilizzazione del bene è definita sulla base di criteri obiettivi, mentre le valutazioni legate al programma di attività potranno essere paramtrate ad indici di ottimizzazione dello sviluppo dei traffici nel porto, rimanendo comunque elemento chiave del giudizio comparativo.

Con il parere interlocutorio il Consiglio di Stato ha tra l'altro invitato il Ministero competente:

- a fornire in ordine alla preventiva compatibilità dell'assetto delineato con le previsioni della proposta di Regolamento europeo che istituisce un quadro normativo per l'accesso al mercato dei servizi portuali e la trasparenza finanziaria dei porti (non richiamata nelle premesse del presente decreto), presentata dalla Commissione Europea fin dal maggio 2013 (COM/2013/296);
- adeguare e comunque coordinare il testo con la normativa del codice dei contratti pubblici, recentissimamente riformata per dare seguito alle ben note direttive comunitarie in materia.

Nel parere definitivo, reso nell'Adunanza del 23 giugno 2016²² il Consiglio di Stato ha ribadito le proprie perplessità con specifico riferimento alla procedura del c.d. avviso *ad opponendum*. Si ripercorre – secondo il Supremo Organo consultivo – uno schema ormai obsoleto e risalente (sancito quasi 65 anni fa), ideato per altri scopi e finalità (legato come era alla gestione del singolo bene) e di certo non più confacente alle esigenze del mercato del settore e del mondo produttivo, ovvero una forma di pubblicità nata per innescare essenzialmente opposizioni, dunque per contrastare e contrapporsi ad istanze altrui e non per avanzare proposte sulla base di un programma strategico condiviso.

Non risulta, cioè, accettabile che, invece di assecondare le nuove linee strategiche nazionali di pianificazione e programmazione del ruolo dei singoli porti, non più considerati entità a sé, la procedura di assegnazione della concessione dell'area o della singola banchina muova esclusivamente dall'istanza dell'interessato, senza un atto di programmazione a monte che sfoci poi in un bando ed in una, seppur peculiare, procedura di gara ad evidenza pubblica per la concessione del bene, dove la valutazione strategica non sia

²¹ Parere Numero 01142/2016 Consiglio di Stato, Commissione speciale reso nell'adunanza del 27 aprile 2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

²² Parere Numero 1505/2016, Consiglio di Stato Sezione Consultiva per gli Atti Normativi Adunanza di Sezione del 23 giugno 2016, in www.giustizia-amministrativa.it.

spostata al momento successivo della verifica di coerenza dell'istanza presentata per le concessioni di più lunga durata, e delle eventuali istanze concorrenti, con l'atto di pianificazione nazionale.

E' vero che nella fattispecie pare trattarsi di un classica concessione di bene pubblico (demaniale) e non quindi di una concessione di servizi, ma la necessità di applicare i principi di matrice europea di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità nelle procedure di assegnazione appare particolarmente pregnante ed ineludibile, cosicché non appare consentito meramente replicare, seppur con qualche significativo aggiustamento in termini di pubblicità, un impianto contrassegnato da ben diverse finalità e tradizionalmente operante in ben altro contesto (oltre che in una realtà economico-produttiva risalente).

Il Consiglio di Stato ha più volte ricordato, in sede giurisdizionale, come sia comunque preferibile una procedura di gara con preventiva pubblicazione di bando anche quando non sussistono domande preesistenti, visto che è il bando stesso che può suscitare l'interesse degli investitori e quindi l'ingresso del capitale di investimento.

E rispetto alle procedure di rinnovo della concessione demaniale, non possono, parimenti, che richiamarsi i principi già in più occasioni espressi dalla giurisprudenza dello stesso Giudice amministrativo, secondo cui i principi di derivazione comunitaria a tutela della concorrenza (imparzialità, trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione) sono applicabili anche alle concessioni di beni pubblici, fungendo da parametro di interpretazione e limitazione del diritto di insistenza. L'indifferenza comunitaria al *nomen* della fattispecie, e quindi alla sua riqualificazione interna in termini pubblicitici o privatistici, fa sì che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la concessione di area demaniale marittima venga fornita un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione²³.

Ribadita la necessità di una vera e propria procedura di gara, il Consiglio di Stato ha inoltre precisato che l'attività di verifica dell'autorità concedente, di cui all'articolo 13 dello schema, deve svolgersi con cadenza annuale, e non biennale, in ossequio a quanto previsto dalla legge (art. 18, comma 8, legge 84/1994).

Attualmente lo schema di decreto definitivo recante la disciplina di affidamento in concessione di aree e banchine risulta tuttora in fase di definizione, in quanto sono in atto contatti interlocutori Tra il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con il Ministero dell'economia e delle finanze.

5. L'autotutela nei confronti del terminalista portuale – annullamento: presupposti, limiti residualità.

E' noto che secondo l'elaborazione proposta da Feliciano Benvenuti, nella storica voce dell'Enciclopedia del diritto dedicata al tema²⁴, l'autotutela è qualificata come una delle più tipiche manifestazioni della pubblica amministrazione, accanto all'autonomia e all'autarchia, consistendo nella "capacità di farsi giustizia da sé".

Secondo questa impostazione interpretativa, l'autotutela si risolve nella possibilità per la pubblica amministrazione di risolvere conflitti, attuali o potenziali, eventualmente insorgenti con soggetti interessati dai suoi provvedimenti, senza che sia necessario l'intervento di un giudice.

Esula dallo scopo del presente lavoro la disamina analitica degli istituti che l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha ricondotto nell'ambito dell'autotutela c. d. esecutiva, concernente l'attività dell'amministrazione diretta alla materiale e concreta attuazione di precedenti provvedimenti senza ricorrere ad un provvedimento giurisdizionale.

²³ Si richiama, in proposito, Cons. Stato, VI, 7 marzo 2016, n. 889, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴ F. BENVENUTI, Voce Autotutela (dir. Amm.), in Enc dir., Vol. IV Milano, pag. 537. Sull'Autotutela in generale la letteratura è vastissima; giova in proposito richiamare i principali contributi sul tema: G. CORAGGIO, voce Autotutela, I) Diritto Amministrativo, in Enc. giur. Treccani, Vol. II, Roma 1988; per una nozione ampia di autotutela, CAMMEO F., Corso di diritto amministrativo, Padova 1960; per le connotazioni particolari dell'autotutela amministrativa, SANDULLI A. M., Note sul potere amministrativo di coazione, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1964, pag. 820 e ss.; GIANNINI M.S., Atto amministrativo, in Enc. dir. Milano, 1959, pag. 157; Sui singoli istituti ricompresi nell'autotutela si citano gli autori che si sono soffermati sul loro inquadramento nell'ambito della nozione generali di autotutela: CANNADA-BARTOLI E., Decisione amministrativa, in Nuovissimo Digesto Italiano, V, Torino, 1960, 268 e ss.; NIGRO M., Decisione amministrativa, in Enc. Dir., XI, Milano, 1962, 810 e ss.; ROMANO Santi, Annullamento degli atti amministrativi (voce aggiornata da G. Miele), in Nuovissimo Digesto Italiano, I, Torino, 1957, 642; più di recente, GILETTI G., voce "Autotutela della pubblica amministrazione", in Dig. Disc. Pubbl., II, Torino, 1987, 80; Cfr. anche M.A. SANDULLI, "Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi", Federalismi.it, n. 14/2015, p. 3 e ss.

L'obiettivo è invece quello di esaminare gli istituti inquadrati nell'ambito dell'autotutela decisoria (consistente nella adozione di provvedimenti amministrativi che incidono su precedenti atti e determinazioni dell'Amministrazione), con specifico riguardo alle rilevanti attività economiche svolte dalle imprese portuali titolari di concessioni su aree e banchine.

Viene in considerazione in primo luogo il potere di annullamento d'ufficio che è previsto dall'art.21 *nonies* della L. n. 241 del 1990 (introdotto dalla L. n. 15 del 2005).

La disposizione individua **nell'illegittimità dell'atto** oggetto di riesame la prima e indefettibile condizione che autorizza il valido esercizio dell'anzidetto potere di annullamento.

Tuttavia, la norma fa riferimento a ulteriori presupposti, quali **la ragionevolezza del termine entro cui può essere adottato l'atto di secondo grado, la sussistenza di un interesse pubblico alla sua rimozione e la considerazione degli interessi dei destinatari del provvedimento viziato** che costituiscono, di per sé, nozioni elastiche.

In altre parole, la disposizione attributiva del potere di annullamento d'ufficio richiede per la sua valida esplicazione, un **presupposto rigido** (l'illegittimità dell'atto da annullare) e **altre condizioni flessibili e duttili** riferite a concetti indeterminati e, come tali, affidate all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione.

Tali ulteriori condizioni devono intendersi, in particolare, stabilite a garanzia delle esigenze di tutela dell'affidamento, dei destinatari di atti ampliativi, in ordine alla stabilità dei titoli ed alla certezza degli effetti giuridici da essi prodotti e, appunto per mezzo dell'affidamento, a garanzia della valutazione discrezionale dell'amministrazione nella ricerca del giusto equilibrio tra le esigenze di ripristino della legalità (nel che si risolve la rimozione di un atto illegittimo) e quelle di conservazione dell'assetto regolativo recato dal provvedimento viziato²⁵.

Le predette esigenze hanno, peraltro, ricevuto recentemente un ulteriore rafforzamento, per mezzo dell'introduzione, con la L. n. 124 del 2015 , della fissazione del termine massimo di diciotto mesi (con una opportuna precisazione quantitativa della nozione elastica della formula lessicale "termine ragionevole"), per l'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici e, quindi, mediante una riconfigurazione del potere di autotutela secondo canoni di legalità più stringenti e maggiormente garantisti per le posizioni private originate da atti ampliativi.

Quanto al rispetto del parametro della ragionevolezza del termine, se è vero che la ricordata novella del 2015 (che ha quantificato in quella massima di diciotto mesi la durata del termine entro cui possono essere annullati gli atti autorizzatori) non è applicabile *ratione temporis* ai provvedimenti adottati in epoca antecedente all'entrata in vigore della predetta modifica normativa, è anche vero che quest'ultima non può non valere come prezioso (e ineludibile) indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione.

Con la precisazione esatta del termine massimo di consumazione del potere di autotutela decisoria, il legislatore ha, infatti, inteso accordare una tutela più pregnante all'interesse dei destinatari di atti ampliativi alla stabilità e alla certezza delle situazioni giuridiche da essi prodotte, costruendo un regime che garantisca la loro intangibilità una volta decorso inutilmente il periodo di operatività del potere di annullamento d'ufficio dei relativi titoli "ampliativi" (che diventano, così, non più rimuovibili dall'amministrazione, anche quando illegittimamente adottati).

Ora, per quanto l'anzidetta, cogente regola non possa applicarsi a provvedimenti di autotutela perfezionatisi prima dell'entrata in vigore dell'intervento normativo che l'ha introdotta, non può trascurarsi la valenza della scelta legislativa, in occasione dell'esegesi e dell'applicazione della norma, nella sua formulazione previgente²⁶.

La decifrazione della nozione indeterminata di termine ragionevole, ai fini dello scrutinio della sua corretta interpretazione (ed applicazione) da parte dell'amministrazione, dev'essere, quindi, compiuta con particolare rigore quando il potere di autotutela viene esercitato su atti attributivi di utilità giuridiche od economiche, con la conseguenza che, pur non potendo ritenersi consumato, nella fattispecie esaminata, il potere di annullamento d'ufficio decorso il termine massimo stabilito dal legislatore del 2015, deve giudicarsi, comunque, irragionevole un termine notevolmente superiore a quest'ultimo.

Con specifico riferimento alle Imprese terminaliste già titolari di concessioni demaniali rilasciate in epoca pregressa e molto spesso assai risalente nel tempo, l'adozione di un provvedimento di annullamento d'ufficio appare in concreto rimedio residuale, per non dire di ardua applicazione.

²⁵ Cons. Stato Sez. VI, 27/01/2017, n. 341, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2015, n.5625, in www.giustizia-amministrativa.it.

In ogni caso, l'estensione temporale dell'operatività degli atti di concessione impone, a fronte della consistenza dell'affidamento ingenerato nei destinatari, una motivazione particolarmente convincente ed esaustiva, per giustificare la misura di autotutela, circa l'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto (come espressamente prescritto dall'art.21 nonies l. cit.), in relazione alla pregnanza e alla preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio del titolo eventualmente viziato e illegittimo.

Non solo, ma la consistenza di tale onere motivazionale deve intendersi aggravata assumendo, nel caso delle Imprese terminaliste concessionarie (ove è frequente il decorso di un termine assai lungo e la realizzazione da parte delle stesse di rilevanti investimenti), nel giudizio comparativo degli interessi confliggenti, maggiore rilevanza quello dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore pregnanza quello pubblico all'elisione di effetti già prodotti in via definitiva e non suscettibili di aggravamento²⁷.

Sicché, deve ritenersi che l'interesse pubblico specifico alla rimozione dell'atto illegittimo dev'essere integrato da ragioni differenti dalla mera esigenza di ripristino della legalità²⁸. A ben vedere, infatti, l'identificazione dell'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto viziato nelle medesime esigenze di tutela implicate dalla norma violata con lo stesso, si risolve in ogni caso nella (inammissibile) coincidenza del presupposto vincolante consistente nell'invalidità del provvedimento originario con l'ulteriore e diversa condizione (secondo l'assetto regolativo di riferimento) della sussistenza di un interesse pubblico alla sua rimozione d'ufficio.

Senonché, tale esegesi dev'essere rifiutata nella misura in cui si risolve nella pratica disapplicazione della parte del precetto che esige la ricorrenza dell'ulteriore (rispetto all'illegittimità dell'atto originario) condizione della ricorrenza dell'interesse pubblico attuale alla eliminazione del provvedimento viziato e, quindi, all'elisione dei suoi effetti giuridici.

Perché la norma abbia un senso è necessario, in altri termini, non solo che l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto viziato non possa coincidere con la mera esigenza della restituzione all'azione amministrativa della legalità violata, ma anche che non possa risolversi nella semplice e astratta ripetizione delle stesse esigenze regolative sottese all'ordine giuridico infranto: una motivazione siffatta finirebbe logicamente proprio per esaurire l'apprezzamento del presupposto discrezionale in un esame nel mero riscontro della condizione vincolante (l'illegittimità dell'atto da annullare d'ufficio), con un palese (e inammissibile) tradimento della chiara volontà del legislatore.

L'interesse pubblico che legittima e giustifica la rimozione d'ufficio di un atto illegittimo deve consistere nell'esigenza che quest'ultimo cessi di produrre i suoi effetti, siccome confliggenti, in concreto, con la protezione attuale di valori pubblici specifici, all'esito di un giudizio comparativo in cui questi ultimi vengono motivatamente giudicati maggiormente preganti di (e prevalenti su) quello privato alla conservazione dell'utilità prodotta da un atto illegittimo.

Una motivazione soddisfacente della presupposta esigenza regolativa consacrata nel testo dell'art.21 nonies l. cit. deve, quindi, spingersi fino all'argomentata indicazione delle specifiche e concrete esigenze pubblicistiche che impongono l'eliminazione d'ufficio dell'atto viziato e non può certo risolversi nella ripetitiva e astratta affermazione dei medesimi interessi alla cui soddisfazione la norma violata risulta preordinata.

De iure condendo, sicuramente più proficua potrebbe essere l'estensione anche all'annullamento d'ufficio del principio, di elaborazione giurisprudenziale e successivamente recepito in materia di contratti pubblici, che riconosce al giudice amministrativo il potere di modulare l'efficacia della pronuncia demolitoria, infrangendo il dogma della efficacia *ex tunc* dell'annullamento.

Com'è noto, infatti in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti *ex tunc* del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti 'ora per allora'.

Tale regola fondamentale è stata affermata *ab antiquo et antiquissimo tempore* dal Giudice amministrativo²⁹ poiché la misura tipica dello Stato di diritto – come affermatosi con la legge fondamentale del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato – non può che essere quella della eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, risultato difforme dal principio di legalità.

Tuttavia, quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi.

²⁷ Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 816 in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2016, n.351, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁹ In termini, Consiglio di Stato, VI Sezione, 10 maggio 2011, n.2755; si veda anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

Anche il giudice amministrativo nazionale dunque, così come la Corte di Giustizia, può differire gli effetti di annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero non disporli affatto, statuendo solo gli effetti conformativi, volti a far sostituire il provvedimento risultato illegittimo

6. Il procedimento di verifica sulla concreta attuazione del programma di investimenti e delle attività correlate alla concessione da parte del concessionario. La decadenza dalla concessione art. 47 cod. nav. – la revoca della concessione art. 42 cod. nav

Lo schema di Regolamento per la concessione di aree e banchine alle imprese terminaliste, all'art. 13, disciplina l'attività di verifica dell'Autorità concedente nei confronti delle Imprese terminaliste concessionarie di aree e banchine.

La disposizione prevede che l'autorità concedente è tenuta a svolgere annualmente l'attività di verifica sulla concreta attuazione del programma degli investimenti e delle attività correlate, presentato dal concessionario, ed eventualmente aggiornato in maniera condivisa con la medesima autorità che tra l'altro ha l'obbligo di relazionare al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti circa l'esito della verifica.

Si tratta di un penetrante potere di controllo la cui *ratio*, confermata dalla cadenza annuale e dal necessario coinvolgimento del Ministero vigilante, è individuabile nella esigenza di assicurare che i provvedimenti e gli atti di concessione rilasciati in favore delle imprese terminaliste siano sempre corrispondenti ai rilevanti interessi pubblici (in taluni casi addirittura di rilievo nazionale e internazionale) connessi con lo sviluppo dei traffici marittimi.

La disposizione, in esame (art.13, comma 2, dello schema di Regolamento) prevede che: « In caso di sottoutilizzo per negligenza o scarsa capacità imprenditoriale del bene affidato in concessione, pur in presenza di fattori esogeni trainanti e di dinamiche di mercato complessivamente positive, l'autorità concedente, in sede di valutazione dell'attuazione del piano degli investimenti e delle attività correlate, può deliberare, ovvero proporre agli organi deputati, l'avvio della procedura per la decadenza della concessione ai sensi dell'articolo 47 del codice della navigazione, ovvero, nei casi più gravi, per la revoca della concessione ai sensi dell'articolo 42 del codice della navigazione.»

La disposizione dà attuazione all'art. 18, comma 9, della legge 84 del 1994, laddove si prevede che: « 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.» La norma primaria utilizza con ogni probabilità in senso generico il verbo revocare, riferendosi alla adozione di uno degli atti di ritiro (revoca e decadenza) di cui si dirà appresso.

Sicuramente positiva appare la tipizzazione dei presupposti richiesti per l'adozione dei provvedimenti di secondo grado ivi indicati. La disposizione intende contrastare le ipotesi di sottoutilizzazione dei beni assentiti per negligenza o scarsa capacità imprenditoriale. Tale valutazione non è svincolata dalle condizioni economiche generali e di mercato nelle quali l'impresa terminalista si trova a operare. La valutazione dell'autorità concedente sarà tanto più rigorosa e severa quanto maggiormente positivo risulti il contesto economico e di mercato in cui il terminalista si trovi a operare.

La disposizione regolamentare tuttavia non appare redatta con la necessaria accuratezza, poiché sembra – alquanto contraddittoriamente – considerare più grave la revoca rispetto alla decadenza³⁰.

In realtà, sulla base sia della disciplina generale posta dalla legge sul procedimento amministrativo sia con riguardo a quella (speciale) contenuta nel codice della navigazione, il provvedimento di decadenza (tipicamente connotato da una natura sanzionatoria) appare collegato a fattispecie più gravi rispetto alla revoca. La decadenza inoltre secondo il codice della navigazione a differenza della revoca comporta fra l'altro l'esclusione di qualsivoglia indennizzo.

L'art.42 del codice della navigazione prevede che 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 della concessione non dà diritto a indennizzo. Tuttavia nelle concessioni che hanno dato luogo a una costruzione di opere stabili l'amministrazione, 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.

³⁰ Sulla differenza tra revoca e revoca sanzionatoria (*id est*, decadenza), F.CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Dike Ed., 2015, pag. 1502.

Nel caso di revoca parziale si fa luogo ad un'adeguata riduzione del canone, salva la facoltà prevista dal primo comma dell'articolo 44.

E' ragionevole ritenere che l'interpretazione della disposizione speciale del codice della navigazione non possa non essere influenzata dagli orientamenti maturati in ordine all'istituto generale della revoca previsto dalla legge sul procedimento amministrativo.

In via generale, la revoca dei provvedimenti amministrativi, disciplinata dall'art.21-quinquies della L. n. 241 del 1990 (e introdotta dall'art.14 della L. n. 15 del 2005), si configura come lo strumento dell'autotutela decisoria preordinato alla rimozione, con efficacia *ex nunc* (e, quindi, non retroattiva), di un atto ad efficacia durevole, in esito a una nuova (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico alla conservazione della sua efficacia.

I presupposti del valido esercizio dello *ius poenitendi* sono definiti dall'art.21-quinquies (per come modificato dall'art.25, comma 1, lett. b-ter, D.L. n. 133 del 2014) con formule lessicali (volutamente) generiche e consistono nella **sopravvenienza di motivi di interesse pubblico**, nel **mutamento della situazione di fatto** (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e **in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario** (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici).

Ora, ancorchè l'innovazione del 2014 abbia inteso accrescere la tutela del privato da un arbitrario e sproporzionato esercizio del potere di autotutela in questione (per mezzo dell'esclusione dei titoli abilitativi o attributivi di vantaggi economici dal catalogo di quelli revocabili in esito a una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico originario), il potere di revoca resta connotato da un'ampia (e, forse, eccessiva) discrezionalità³¹. A differenza del potere di annullamento d'ufficio, che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca esige, infatti, solo una valutazione di opportunità, seppur ancorata alle condizioni legittimanti dettagliate all'art.21-quinquies l. cit. (e che, nondimeno, sono descritte con clausole di ampia latitudine semantica), sicché il valido esercizio dello stesso resta, comunque, rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente.

L'atto di revoca si configura infatti come un atto di ritiro con efficacia *ex nunc* che presuppone una valutazione di opportunità relativa al mutamento delle circostanze o dell'interesse pubblico rispetto al momento di adozione del provvedimento amministrativo

La configurazione normativa del potere di autotutela in esame si presta, quindi, ad essere criticata, nella misura in cui omette un'adeguata considerazione e un'appropriata protezione delle esigenze, sempre più avvertite come ineludibili, connesse alla tutela del legittimo affidamento (qualificato come "principio fondamentale" dell'Unione Europea dalla stessa Corte di Giustizia UE) ingenerato nel privato danneggiato dalla revoca e all'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici costituiti dall'atto originario, nonché, più in generale, alla stabilità dei provvedimenti amministrativi.

E non vale, di per sé, la previsione della debenza di un indennizzo ai privati danneggiati dalla revoca a compensare gli squilibri regolativi sopra segnalati.

In ogni caso l'indennizzo non può essere superiore al valore delle opere al momento della revoca, detratto l'ammontare degli effettuati ammortamenti.

Un'esegesi e un'applicazione della disposizione in esame che siano coerenti con i principi generali dell'ordinamento della tutela della buona fede, della lealtà nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione e del buon andamento dell'azione amministrativa (che ne implica, a sua volta, l'imparzialità e la proporzionalità) impongono, allora, la lettura e l'attuazione della norma secondo i canoni stringenti di seguito enunciati: a) la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario dev'essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto che si intende revocare; b) non è sufficiente, per legittimare la revoca, un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell'emanazione dell'atto originario; c) le ragioni addotte a sostegno della revoca devono rivelare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell'atto originario; d) la motivazione della revoca dev'essere profonda e convincente, nell'esplicitare, non solo i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole.

L'atto di decadenza, a differenza della revoca, ha come si è incidentalmente evidenziato una connotazione più marcatamente sanzionatoria. Si tratta infatti di un atto di rimozione di un precedente provvedimento per accertato inadempimento degli obblighi da parte del destinatario ovvero per il mancato esercizio di diritti ovvero ancora per il venir meno delle condizioni.

L'art. 47 prevede che l'amministrazione possa dichiarare la decadenza del concessionario:

³¹ Cfr., ex multis Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2014, n.2311, www.giustizia-amministrativa.it.

- a. per mancata esecuzione delle opere prescritte nell'atto di concessione, o per mancato inizio della gestione, nei termini assegnati;
- b. per non uso continuato durante il periodo fissato a questo effetto nell'atto di concessione, o per cattivo uso;
- c. per mutamento sostanziale non autorizzato dello scopo per il quale è stata fatta la concessione;
- d. per omesso pagamento del canone per il numero di rate fissato a questo effetto dall'atto di concessione;
- e. per abusiva sostituzione di altri nel godimento della concessione;
- f. per inadempienza degli obblighi derivanti dalla concessione, o imposti da norme di legge o da regolamenti.

Nel caso di cui alle lettere a) e b) l'amministrazione può accordare una proroga al concessionario.

E' importante evidenziare che secondo la disciplina del codice della navigazione al concessionario decaduto non spetta alcun rimborso per opere eseguite né per spese sostenute.

La giurisprudenza amministrativa in ordine alle principali fattispecie che possono dare luogo a decadenza ha precisato meglio i presupposti indicati nell'art.47 cod. nav.

Si è affermato così che la dichiarazione di decadenza dalla concessione demaniale marittima ex art. 47, lett. a) (mancata esecuzione delle opere prescritte nell'atto di concessione) e lett. f) (inadempienza degli obblighi derivanti dalla concessione), Cod. Nav. **non può arrestarsi, in modo meccanicistico, ad un semplice raffronto quantitativo tra valore in denaro degli interventi previsti nel piano di investimento e valore monetario degli interventi realizzati, ma deve essere la risultante di un giudizio di gravità delle inadempienze contestate che tenga conto dei profili qualitativi degli interventi realizzati nel contesto complessivo di quelli prescritti, del grado di determinatezza degli interventi prescritti, dei tempi procedurali necessari al rilascio dei titoli autorizzativi e del comportamento del titolare della concessione da valutare in contropiede rispetto all'azione delle amministrazioni coinvolte nei procedimenti autorizzatori e della stessa amministrazione concedente**³².

Ai fini dell'adozione della pronuncia di decadenza, ex art. 47, lett. f), Cod. Nav., per inadempienza degli obblighi derivanti dalla concessione demaniale o imposti da norme di legge o di regolamento, assumono rilievo le inadempienze del concessionario **che compromettano con carattere di definitività il proficuo prosieguo del rapporto ovvero rendano inattuabili gli scopi per i quali la concessione stessa è stata rilasciata**³³. L'art. 47 del Codice della Navigazione consente l'adozione di un provvedimento amministrativo di "decadenza" dalla concessione demaniale marittima a causa dell' omesso pagamento del canone. Trattasi di una prestazione economica con una tutela rinforzata, avente una peculiare caratterizzazione giuridica di stampo pubblicistico³⁴.

7. Conclusioni.

Il ritardo nell'adozione del Regolamento per il rilascio di concessioni di aree portuali, atteso da oltre vent'anni, comprese negli ambiti portuali, rischia di compromettere l'esercizio da parte delle neo istituite Autorità di sistema portuale, dei poteri di regolazione che il legislatore ha inteso affidare ai nuovi enti.

Tra l'altro, nella fisiologia del mercato delle operazioni e dei servizi portuali, dovrebbero essere le Imprese (Soggetti privati) a progettare e proporre gli investimenti e le attività da svolgersi sul demanio, in conformità della pianificazione strategica da impostare a livello nazionale e da attuare attraverso i Piani Operativi Triennali e i Piani Regolatori di sistema portuale.

D'altro canto, l'obbligo di gara per l'assentimento di concessioni di beni pubblici non è neppure richiesto dal diritto dell'Unione europea, essendo come noto ampiamente sufficiente il rispetto dei requisiti di pubblicità e trasparenza, non l'obbligo di gara pubblica.

In questo senso, a molti è apparso criticabile e riduttivo "bollare" come obsoleta la procedura (avviso *ad opponendum*) prevista dal regolamento, ritenendo acriticamente che sia pensata sulla disciplina del regolamento al codice della navigazione del 1952. Il regolamento stesso introduce infatti requisiti di professionalità e onorabilità finanziaria per le imprese richiedenti, del tutto in linea con gli standard più moderni e con la necessità di incentivare l'investimento privato.

³² In tal senso, Cons. Stato Sez. VI, 21-04-2016, n. 1572, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ T.A.R. Calabria Catanzaro Sez. I, 21-01-2016, n. 120; T.A.R. Sicilia Palermo Sez. I, 19-02-2015, n. 493, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ Così, T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 05-12-2014, n. 1065, in www.giustizia-amministrativa.it.

Il Consiglio di Stato – si è osservato – nei pareri resi sembra non considerare che il demanio portuale è già oggi pressoché totalmente occupato da imprese *incumbent*, alle quali si preclude, così, di progettare nuovi investimenti soprattutto durante e nella fase terminale della concessione, dovendo attendere la scadenza e la faticosa gara, con pericolosi effetti paralizzanti per l'intero settore e in senso contrario alla necessità che le imprese hanno di investire non già in funzione della scadenza o della durata della concessione, ma di quello che richiede loro il mercato.

Tale lacuna, insieme alle lentezze che stanno caratterizzando la prima fase di operatività delle nuove AdSP (nomina degli Organi, in particolare i Comitati di Gestione e il Collegio dei Revisori), potrebbe in definitiva rivelarsi esiziale, precludendo o rallentando lo sviluppo del sistema portuale italiano.

Ugo Patroni Griffi
Professore ordinario di diritto commerciale
Università di Bari

pubblicato il 12 maggio 2017