Circolare N. 141 Prot. DEM2A-2158 del 30/09/2003
emessa da: Ministero delle infrastrutture e dei trasporti

Legge 8 luglio 2003 n.172 recante "Disposizioni per il riordino e il rilancio della nautica da diporto e del turismo nautico".

1. A seguito della pubblicazione nella gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana serie generale, n. 161 del 14 luglio 2003, la legge in oggetto è entrata in vigore il 29 luglio c.a.

2. Per quanto di competenza della scrivente, il provvedimento legislativo riporta all'art. 13 alcune disposizioni afferenti le concessioni di beni demaniali marittimi, che in estrema sintesi prevedono:

a. al comma 1: l'interpretazione autentica del comma 2, dell'art. 01 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494, come modificato dall'art. 10 della l. 16 marzo 2001, n. 88;

b. al comma 2: la delimitazione dell'ambito di applicazione del predetto comma;

c. al comma 3: allineamento, alla mutata durata delle concessioni per licenza, della competenza del Capo del Compartimento;

d. al comma 4: in deroga all'art. 45bis cod.nav., una disciplina speciale in relazione alle concessioni ex art. 18 della l. 84/94 e successive modificazioni.

3. Come risulta anche dai lavori parlamentari (1), la ratio dell'articolo è costituita dalla ritenuta opportunità di chiarire la portata delle modifiche introdotte dall'art. 10 della l. 16 marzo 2001, n. 88, che avevano suscitato alcuni dubbi evidenziati in diversi quesiti qui pervenuti.

Gran parte di tali incertezze appare ora superata dall'articolo de quo, che chiarisce, in estrema sintesi e su un piano sistematico, come il menzionato art. 10, comma 1, della l. 88/2001 ponga una disciplina (per alcuni elementi) peculiare solo con riferimento ad una determinata categoria di concessioni demaniali marittime, cioè, quelle ad uso turistico-ricreativo.

4. In particolare, con il comma 1 dell'articolo in esame:

a. si chiarisce, attraverso una disposizione interpretativa, che l'ambito di applicazione del comma 2, dell'art. 01 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494, come modificato dall'art.10, comma 1, della l. 16 marzo 2001, n. 88, è costituito dalle sole concessioni ad uso turistico-ricreativo. Ne esula quindi la generalità delle concessioni demaniali ad uso diverso, quali ad esempio quelle (pure incidentalmente menzionate nel comma 1 dell'art. 01 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 494) "per servizi pubblici e per servizi e attività portuali e produttive" o quelle per realizzare e gestire strutture dedicate alla nautica da diporto;

b. si fornisce una indicazione, mediante rinvio alla elencazione posta dalle lett. da a) ad f) di cui al menzionato comma 1 dell'art. 01, delle tipologie di concessioni ad uso turistico-ricreativo.

5. Con il comma 2 dell'articolo in esame si pone invece una limitazione di carattere sia spaziale che soggettivo dell'ambito di applicazione del comma 2, dell'art. 01 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla l. 4 dicembre 1993, n. 494, come modificato dall'art. 10, comma 1, della l. 16 marzo 2001, n. 88: il peculiare regime ivi previsto non può trovare applicazione nelle aree di giurisdizione delle autorità portuali per le concessioni da tali autorità rilasciate, anche quindi se si tratti di concessioni ad uso turistico-ricreativo.

6. Con il comma 3 dell'articolo in esame si chiarisce quanto da più parti auspicato, ovvero che la durata sessennale delle concessioni (ad uso turistico ricreativo), introdotta dall'art. 10, comma 1, della l. 16 marzo 2001, n. 88, comporta per dette concessioni il mantenimento del

regime della licenza e quindi il mantenimento della competenza del capo del compartimento. Per tale categoria di concessioni, quindi, l'estensione della durata non comporta la trasformazione in concessione per atto formale (di competenza della direzione marittima).

7. Con il comma 4 dell'articolo in esame si delimita l'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 45bis cod. nav., quale risultante a seguito delle modifiche introdotte dal comma 2 dell'art. 10 della l. 16 marzo 2001, n. 88: per le concessioni ex art. 18 della l. 84/94 e successive modificazioni, si introduce, infatti, un regime specifico.

Per la generalità delle concessioni demaniali marittime, ed in particolare per quelle afferenti la gestione di stabilimenti balneari e la realizzazione e gestione delle strutture destinate alla nautica da diporto, rimane intatta la facoltà di fare ricorso all'art. 45 bis cod. nav. come modificato dalla l.88/2001.

8. In considerazione di quanto rilevato al precedente para 7, si coglie l'occasione di fornire alcuni elementi di valutazione in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 45 bis cod. nav., anche al fine di indirizzare in modo uniforme la prassi amministrativa al riguardo, con riserva di trattare in futuro globalmente lo specifico argomento.

8.1 La ratio della norma, sin dalla sua introduzione, risulta costituita dall'intento di rendere possibile, anche nel settore speciale del diritto della navigazione e in applicazione di un principio ormai generale, la c.d esternalizzazione o outsourcing (2) di parti del ciclo di impresa, con particolare riferimento alle attività svolgentisi sulla base di concessioni demaniali marittime.

Si intende così derogare al principio generale della gestione diretta della concessione posto dall'art. 30 reg. nav. mar. (3), la cui ratio è apertamente esposta nella relazione al regolamento stesso (4).

A tal fine, la fattispecie di cui all'art. 45 bis cod. nav. concerne, previa autorizzazione dell'autorità concedente, l'affidamento, da parte del concessionario, a terzi della gestione delle attività oggetto della concessione o di attività secondarie nell'ambito della concessione. Dette attività si individuano in quanto costituiscono l'oggetto della concessione e come tali sono (in quanto lo devono essere) espressamente indicate nel titolo concessorio (eventualmente integrato ex lege).

Si tratta quindi di ipotesi in cui il concessionario, al fine di svolgere le attività oggetto della concessione – al cui svolgimento, da un lato, ha acquisito il diritto con la concessione e, dall'altro, si è obbligato con la concessione stessa (5) – intenda, non svolgere interamente in proprio la attività di impresa, ma avvalersi, per specifici settori, di imprese specializzate (6).

8.2 La fattispecie dell'affidamento ai sensi del 45 bis risulta quindi distinta e diversa da altre fattispecie quali:

–il subingresso;

–la subconcessione in senso lato (ivi compresi anche i rapporti, per così dire, di utenza).

a. Il subingresso, infatti, previsto all'art. 46 cod. nav., consiste nella sostituzione di soggetto diverso dal concessionario nel godimento della concessione, e dà luogo ad una fattispecie di successione particolare nella posizione giuridica del concessionario (7): ciò avviene appunto mediante trasferimento (cessione) in toto della posizione giuridica.

b. La subconcessione invece è termine impiegato in dottrina (8) e giurisprudenza per indicare: – la concessione (derivata) tra un ente pubblico concessionario e un terzo. Tale ipotesi costituisce la subconcessione in senso proprio (9);

– l'attribuzione ad un terzo di un diritto uguale al proprio (10) o parte di esso, mediante un negozio giuridico di diritto privato (11) o di fatto (12) da parte di un concessionario, il quale tuttavia rimane, di fronte all'amministrazione, titolare del rapporto. Tale ipotesi costituisce la cosiddetta subconcessione.

Si tratta di una fattispecie generica (se non incerta) cui è stata

attribuita nel tempo ampiezza variabile tale da ricomprendere tutte le ipotesi (13) di acquisizione, modificazione, trasferimento di diritti e facoltà (ivi compreso il mero godimento o uso del bene demaniale), in qualche modo derivate al concessionario dalla titolarità della concessione, mediante negozio giuridico tra il concessionario stesso e i terzi (14) (15).

Rispetto a questa ampia categoria (o forse, generica accezione), in cui la più recente giurisprudenza fa rientrare anche la fattispecie dell'affidamento ex art. 45 bis (16), non par dubbio che quest'ultimo si ponga, comunque e quantomeno, in rapporto di species a genus,

come fattispecie tipizzata e resa lecita nei (soli) limiti previsti dalla specifica disposizione di legge.

Tale tipizzazione dell'affidamento ex art. 45 bis ne rende la fattispecie distinta anche rispetto alle seguenti fattispecie – indipendentemente dalla circostanza che queste possano ricomprendersi nella generica categoria della subconcessione (17):

a. ai contratti (per così dire, di utenza) tra il concessionario ed i terzi che ne acquistino i servizi (18), e in genere, il diritto alle prestazioni dal concessionario stesso fornite.

b. ai contratti tra il concessionario ed i terzi aventi ad oggetto l'utilizzazione/disposizione/godimento di immobili realizzati sul demanio ad opera del concessionario e costituenti oggetto di proprietà (superficiaria) (19).

A fortiori esulano dalla fattispecie dell'affidamento ex art. 45 bis i negozi giuridici conclusi tra soggetti terzi, diversi dal concessionario, che abbiano ad oggetto la cessione di diritti e facoltà derivanti dai rapporti ora menzionati (20).

8.3 Alla luce delle considerazioni che precedono, risulta che l'ambito di applicazione dell'art. 45 bis riguardi il solo affidamento a terzi di attività oggetto della concessione, e non anche tutte le (altre) ipotesi riconducibili nel generico termine di subconcessione. In particolare ne deriva che queste ultime rimangono soggette alla disciplina previgente all'adozione del ripetuto art. 45 bis (sia nel testo originario che in quello derivante dalle successive modifiche).

9. Sempre con riferimento al precedente para 7, si evidenzia, altresì, come il comma 4 dell'art. 13 della l. 2 luglio 2003, n. 172, ha integrato il comma 7 dell'art. 18 della l. n. 84/94, prevedendo la possibilità che l'impresa concessionaria, per motivata richiesta, possa essere autorizzata dall'autorità concedente ad affidare ad altre imprese portuali, autorizzate ai sensi dell'art. 16, l'esercizio di alcune attività comprese nel ciclo operativo.

Si ritiene opportuno specificare che l'affidamento può riguardare alcune attività comprese nel ciclo operativo e quindi non può essere esternalizzato l'intero ciclo. Il concessionario ex articolo 18 resta unico, in quanto la parziale esternalizzazione non incide sul rapporto fra concedente e concessionario che resta titolare del ciclo e responsabile dello svolgimento dello stesso.

Quanto alle imprese alle quali possano essere affidate le attività del ciclo si chiarisce che queste devono essere individuate nell'ambito di quelle già autorizzate nel porto ai sensi dell'art. 16 della l. n. 84/94; solo qualora via sia possibilità di rilascio di altre autorizzazioni, in quanto il numero massimo delle imprese da autorizzare – determinato ai sensi del comma 7 dell'art. 16 della l. n. 84/94 – non sia stato raggiunto, potrà indicarsi da parte della società istante un'impresa non ancora autorizzata, i cui requisiti andranno comunque verificati e valutati ai fini del rilascio dell'autorizzazione e dell'iscrizione nel registro.

10. Si pregano le Capitanerie di Porto di volere curare la estensione della presente agli Uffici dipendenti.

Il Direttore

Dott. Massimo Provinciali

(1) Cfr. resoconti delle sedute: 237 in data 23 giugno 2003 della Camera dei Deputati; seduta n. 395 in data 14 maggio 2003 del Senato; seduta n. 251 in data 22 gennaio 2003 della Camera dei Deputati.

(2) Cfr. Cons.Stato, sez. II, 20 novembre 2002, par.n.409/2002.

(3) TRANQUILLI LEALI, Porti turistici, Milano, 1966, 232.

(4) In ordine all'art.30 la relazione (in gazz. uff. suppl. ord. n. 94 del 21 aprile 1952, pag. 5) asserisce " All'inizio dell'articolo, poi, si è ritenuto necessario riaffermare il principio risultante dalle disposizioni del codice, che il concessionario debba gestire direttamente la concessione: ciò per evitare le continue pressanti richieste, rivolte al Ministero di ottenere ampie zone demaniali allo scopo di subconcederle ...".

(5) Si è evidenziato in dottrina che dalla concessione scaturiscono obblighi reciproci tra cui "il diritto dell'Amministrazione di pretendere che il bene si utilizzato conformemente allo scopo della concessione quando questa abbia un fine di interesse pubblico": cfr. RUSSO, Il subingresso nella concessione dei beni del demanio marittimo (art.46 cod.nav.), in Riv. dir.

nav., 1959, I, 273.

(6) Il che implica il ricorso a contratti di appalto o strumenti negoziali analoghi.

(7) RUSSO, op.cit., 274; LEFEBVRE-PESCATORE-TULLIO, Manuale di diritto della navigazione, Milano, 2000, 184; Cass. 18 novembre 1974, n.3684.

(8) RUSSO, op. cit., 278; QUERCI, Note sui procedimenti per concessioni sul demanio marittimo, in Riv. dir. nav., 1962, I, 324; GAETA, Le modifiche del rapporto di concessione di beni demaniali marittimi, in Riv. dir. nav., 1966, I, 74.

(9) Cons. Stato, sez. VI, 4 marzo 1959, n. 143, in Riv. dir. nav., 1961, II, 150.

(10) QUERCI, Demanio marittimo, in Enc. giur., Milano, 1964, 105.

(11) Cfr. Cass., sez. I, 29 maggio 1982, n. 3324, cit.

(12) VALLARIO, Il demanio marittimo, Milano, 1970, 191.

(13) Tra cui:

- in generale, la costituzione di diritti derivati da parte del concessionario in favore di terzi, (Cass. sez. I, 29 maggio 1982, n. 3324, in relazione ad una fattispecie di affitto di azienda dove si avverte che il termine subconcessione è impiegato "per brevità")

- L'attribuzione del posto di ormeggio da parte del comune, concessionario di porto turistico (Cass. SS.UU. 28 aprile 1989, n. 2015, in Giust. civ., 1989, I, 2407). Peraltro, tale inclusione è stata disattesa da Cons. stato, sez. VI, 11 luglio 2003, n. 41417, che ha ritenuto che nel caso del posto di ormeggio non ricorra un'ipotesi di subconcessione, in quanto con essa si intendono "le ipotesi in cui un concessionario sostituisca altri a sé nell'esercizio delle attività per cui è stata assentita la concessione".

- La gestione di un ristorante all'interno di uno stabilimento balneare (Cass., SS.UU., 19 febbraio 1992, n.2056 in Dir. Mar. 1994, 141)

- la locazione pura e semplice dell'intera area oggetto di concessione demaniale anche quando la concessione sia stata rilasciata per uno scopo di esercizio di attività imprenditoriale. In tale ipotesi, peraltro, appare più probabile che si verta in fattispecie di mutamento (non autorizzato, ai sensi del combinato disposto dagli artt. 47, lett. c), cod. nav. e 19, comma 2, e 24 reg. nav. mar.) dello scopo della concessione, che da esercizio di attività imprenditoriale si tramuta in mero godimento, in termini di mera rendita di posizione, di mero intento speculativo, la cui compatibilità con l'interesse pubblico è ritenuta da diversi decenni quantomeno incerta: cfr. MALLÉN, Notazioni in tema di concessioni demaniali marittime, in Dir. mar., 1963, 561; NOBILE, Il nuovo testo dell'art. 45 bis del codice della navigazione: cosa cambia nella gestione dei beni demaniali? in Dir. mar., 2001, 1178. Si precisa al riguardo in dottrina (GAETA, Le modifiche, cit., 68) che: "Con la concessione il concessionario non ottiene, invero, il diritto di occupare e di utilizzare la zona demaniale nel modo che più gli aggrada, ma solo per perseguire lo scopo indicato nell'atto di concessione".

(14) Il termine "subconcessione" è stato impiegato anche per indicare ogni "rapporto interno tra il concessionario e determinati terzi": cfr. TRANQUILLI LEALI, op. cit., 234.

(15) E' noto quanto dibattuta sia stata l'ammissibilità o meno della subconcessione (in senso generale), rispetto al disposto dell'art. 30 reg. nav. mar., e come la questione si possa ritenere pervenuta ad una soluzione duplice (cfr. GALLETTO, Demanio (negoziato di diritto privato sul), in Dig. disc. priv., sez. comm, Torno, 1989, V, 174):.

- sul piano pubblicistico, in linea di principio, si ritiene che ogni ipotesi di godimento, da parte del terzo non concessionario, delle utilità derivanti dalla concessione possa essere possibile a condizione che la p.a., nella sua discrezionalità rilasci idoneo atto autorizzativo;

- sul piano privatistico, si ritiene che il negozio giuridico stipulato tra il concessionario ed il terzo, anche se non autorizzato, spieghi i suoi effetti tra le parti, ferma restando l'autonomia della p.a., nel valutare tale comportamento ai fini della declaratoria di decadenza o revoca.

(16) Come sembrano affermare incidentalmente anche Cons. Stato, sez. VI, 4 ottobre 2002, n. 5259 e 10 ottobre 2002, n.5446, nonché Cons.Stato, sez. II, 20 novembre 2002, par. 409/2002, che poi (invece) delimitano puntualmente l'ambito di applicazione dell'art. 45 bis (con riferimento a fattispecie precedenti alla l. 172/2003).

(17) A parte Cass. SS.UU. 4 febbraio 1993, n.1392, in Dir. mar, 1994, 154 che ha specifico riferimento al demanio marittimo, distinguono tra locazione e subconcessione, con riferimento al demanio aeronautico Cass. sez. I, 7 novembre 1989 n. 4645, con riferimento al demanio comunale Cass. sez. III, 26 aprile 2000, n. 5346.

(18) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2003, n. 4147, relativa ad un porto turistico. Lo stesso

è a dirsi per i rapporti tra concessionario esercente uno stabilimento balneare o un ristorante e la relativa clientela.

(19) Cass. SS.UU. 4 febbraio 1993, n. 1392, in Dir. mar., 1994, 154.

(20) Ne deriva che esulano dall'ambito di applicazione dell'art. 45 bis, ad esempio, i negozi giuridici con cui gli utenti dei servizi di ormeggio in porti turistici trasferiscono a terzi in tutto o in parte i propri diritti.