

30 NOVEMBRE 2016

Le Autorità portuali e l'attuazione del principio di concorrenza

di Gabriele Torelli

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
Università IUAV di Venezia



Le Autorità portuali e l'attuazione del principio di concorrenza *

di Gabriele Torelli

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
Università IUAV di Venezia

Sommario: 1. Autorità portuali e concorrenza. 2. La natura giuridica delle Autorità portuali. 3. Il rapporto tra Autorità portuale ed altri soggetti. 4. Le funzioni delle Autorità portuali. 5. Le procedure ad evidenza pubblica. 6. La concorrenza nel contesto portuale: il caso della gestione degli spazi portuali. 7. Osservazioni conclusive.

1. Autorità portuali e concorrenza

La materia portuale è stata rivoluzionata con la legge 28 gennaio 1994, n. 84.

La riforma ha attuato le richieste comunitarie di definizione di un modello gestorio più conforme alle logiche concorrenziali ed all'apertura al mercato rispetto a quello precedente, in cui le sopresse Organizzazioni portuali svolgevano indistintamente attività di regolazione ed attività imprenditoriali. La pregressa disciplina, definita nel Codice della navigazione, r.d. 30 marzo 1942, n. 327, e nel relativo regolamento di attuazione, d.p.r. 15 febbraio 1952, n. 328, garantivano generalmente monopoli e diritti di esclusiva nello svolgimento delle operazioni portuali, spesso a favore di imprese controllate dalle stesse Organizzazioni portuali, con tariffe strutturate in modo poco trasparente¹.

La l. n. 84 del 1994 ha attribuito alle neo-istituite Autorità portuali i compiti di controllo ed indirizzo delle attività ivi svolte, il cui concreto esercizio è stato delegato ad operatori economici privati, a loro volta

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Tra le fonti normative di riferimento si segnalano gli artt. 110-111 c. nav., oggi abrogati dalla l. n. 84 del 1994. Per ulteriori approfondimenti sulla disciplina anteriore al 1994, S.M. CARBONE - F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia. Risultati e prospettive*, in *Dir. mar.*, n. 1/1994, pp. 3 ss., in particolare pp. 4-7; F. MUNARI, *I primi quindici anni della l. n. 84/1994. Esperienze, valutazioni, e alcuni suggerimenti per future prospettive di riforma*, in AA.VV., *Scritti in onore di F. Berlingieri*, Milano, vol. II, 2010, pp. 766 ss., V. ZACCHEO, *Il lungo percorso della liberalizzazione dei servizi portuali*, in R. SPASIANO, (a cura di), *Il sistema portuale italiano tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenze di sviluppo*, Napoli, 2013, pp. 360 ss.

Si specifica sin da ora che con l'espressione "operazioni portuali", elencate nell'art. 16, comma 1, l. n. 84 del 1994, si intendono il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito ed il movimento in genere della merce e di ogni altro materiale svolti nell'ambito portuale.

selezionati con meccanismi concorrenziali dalle Autorità stesse². è stato così attuato il principio di separazione tra attività gestionali ed economiche³.

² Per completezza, si segnala che analoga impostazione è stata pensata dal d.lgs. 25 luglio 1997, n. 250, con cui è stato istituito l'Ente nazionale per l'Aviazione civile (ENAC). All'ENAC, infatti, sono attribuiti compiti di regolamentazione delle procedure dei servizi aeroportuali, nonché di formazione delle tariffe e di oneri di servizio pubblico. In altre parole, sono di sua competenza tutte le funzioni di vigilanza e controllo sul corretto funzionamento dello scalo. Al contrario, il concreto svolgimento dei servizi portuali spetta ad imprenditori privati selezionati dallo stesso ENAC. Si nota, dunque, come il funzionamento degli aeroporti civili sia strutturato in modo molto simile, se non identico, a quello previsto dalla l. n. 84 del 1994 per i porti.

In giurisprudenza, sulle mansioni di regolazione dell'ENAC, di recente, Cons. St., Sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 661; TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 11 settembre 2015, n. 809.

³ L'attuazione del principio ha come evidente presupposto la natura pubblica del porto, soggetto a regime demaniale. L'Italia, così come altri Paesi europei, in particolare mediterranei, adotta il c.d. modello *Landlord Port Authority*, che per l'appunto scinde in maniera netta tra gestione delle infrastrutture (di matrice pubblica) ed attività imprenditoriali (appannaggio dei privati).

Tuttavia la scelta non è scontata se confrontata con qualche esperienza estera.

Ad esempio, il modello inglese è quello del c.d. *Company port*, in cui gli imprenditori privati che svolgono le operazioni portuali sono i proprietari delle aree. Peraltro, l'ordinamento d'oltremarica ha abbracciato questa politica solamente con la riforma portuale del 1981, in quanto sino a quella data anche i porti inglesi erano gestiti da un soggetto pubblico (generalmente Stato o autonomie locali). In tali contesti, le società private proprietarie e gestrici del porto dispongono anche dei poteri di polizia portuale e di disciplina del traffico.

Nei Paesi dell'Europa mediterranea, si segnalano i casi più significativi.

In Grecia, con una riforma del 1999, il legislatore ha stabilito la trasformazione delle Autorità portuali in società di capitali, già attuata dal porto del Pireo ed in corso di attuazione in quello di Salonico.

In Spagna, la l. 27 novembre 1992, n. 27, ha istituito 27 Autorità portuali, identificate come organismi di diritto pubblico, che dispongono di un patrimonio proprio indipendente da quello dello Stato. Allo Stato centrale spetta la titolarità dei porti di interesse generale. Inoltre, il d.lgs. 5 settembre 2011, n. 2, ha attribuito alle *Autoridades portuarias* maggiore capacità decisionale in materia fiscale e tariffaria.

Circa l'esperienza francese, invece, i porti di maggiore importanza (c.d. "porti autonomi", che sono sette sull'intero territorio nazionale) sono governati da un ente pubblico dotato di autonomia funzionale e finanziaria. Una riforma del 2004 ha attribuito maggiori poteri decisionali alle collettività territoriali nella regolazione dei porti di minori dimensioni, c.d. "porti non autonomi".

Nelle esperienze dei Paesi dell'Europa del Nord si osserva quanto segue.

In Germania, il porto di Amburgo è stato a lungo strettamente collegato all'amministrazione locale, in quanto era privo di un autonomo bilancio sino a quando, nel 2005, la sua gestione è stata attribuita ad un'Autorità terza, dotata di un proprio bilancio e risorse. Analogo destino ha riguardato il porto di Brema, in precedenza branca dell'amministrazione comunale, ed ora gestito e regolato da due società appositamente costituite.

In Belgio, nel 1998 si è consentito, invece, l'affidamento di ogni porto ad apposite società di capitali.

Curiosa, poi, è la situazione del porto di Anversa, che è porto municipale. Fino al 1997 esso è stato formalmente parte dell'amministrazione comunale; da questa data, il Comune di Anversa ha trasferito la responsabilità della gestione delle attività portuali ad una società di capitali il cui unico azionista è il Comune stesso.

Una simile situazione si presenta in Olanda per il porto di Rotterdam, anch'esso porto municipale, la cui gestione è affidata ad una branca separata dall'amministrazione comunale.

Per una ricostruzione normativa dei diversi modelli di porto, G. VEZZOSO, *Politica portuale europea e riforma dei porti in Italia*, in *Riv. dir. econ., trasp., amb.*, 2014, vol. XII, pp. 235 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

Benché il cambio di tendenza rispetto al precedente regime normativo sia netto, la riforma del '94 non ha definito un modello di regolazione del tutto coerente con le attese europee, in quanto la commistione tra funzioni di regolazione ed imprenditoriali non è stata del tutto rinnegata⁴.

Il presente lavoro prende spunto da questa contraddizione ed intende considerare quali profili nell'operato delle Autorità portuali sono ad oggi in contrasto con l'obiettivo finale di tutela dell'equilibrio concorrenziale. Il filo conduttore dello studio sarà dunque l'analisi del rapporto tra, da un lato, il "bene" concorrenza e, dall'altro, la natura, le funzioni, la *governance* delle Autorità nonché gli spazi in cui esse operano. In altre parole, si tenterà di capire se le loro mansioni sono davvero orientate alla salvaguardia dell'equilibrio concorrenziale o meno.

Per di più, il tema merita un approfondimento visto che il d.lgs. 4 agosto 2016, n. 169, in attuazione delle previsioni di cui alla legge 7 agosto 2015, n. 124, c.d. "legge Madia", riorganizza la struttura e le attività delle Autorità portuali, apportando importanti modifiche alla l. n. 84 del 1994⁵.

La riforma offre l'occasione per confrontare la precedente disciplina con quella attuale, al fine di verificare se l'operato delle Autorità portuali è oggi regolamentato in modo da favorire con maggiore decisione l'assetto concorrenziale del mercato portuale⁶.

Al riguardo, si segnala che, prima dell'approvazione del d.lgs. n. 169 del 2016, il Consiglio di Stato aveva esternato delle perplessità, sottolineando alcune carenze dello schema di decreto delegato (*infra*)⁷.

Prima di approfondire il tema, però, è doverosa una precisazione.

Il d.lgs. n. 169 del 2016 non ha abrogato la l. n. 84 del 1994, ma ne ha riscritto (o vi ha aggiunto) diverse disposizioni. Per esigenze di chiarezza, verrà specificato di volta in volta se le norme richiamate riguardano la nuova versione della l. n. 84 del 1994, al netto delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 169 del 2016, ovvero quella precedente la riforma.

⁴ Il riferimento è a due norme che continuano ad attribuire alle Autorità portuali anche mansioni imprenditoriali. La prima è l'art. 6, comma 6, secondo periodo, l. n. 84 del 1994, il quale consente alle Autorità portuali, in deroga al divieto generale di svolgere operazioni portuali anche tramite lo strumento societario, di costituire o partecipare a società esercitanti attività accessorie o strumentali rispetto ai compiti istituzionali loro affidati.

La seconda è all'art. 23, comma 5, l. n. 84 del 1994, che permette alle medesime Autorità di svolgere anche i servizi di interesse generale in precedenza resi dalle soppresse Organizzazioni portuali.

⁵ I testi dei decreti delegati attuativi, nel momento in cui si scrive ancora in corso di approvazione, sono reperibili all'indirizzo <http://www.promopa.it/notizie/1383-legge-124-2015-riforma-pa-madia-pubblica-amministrazione-testo-definitivo-decreti-attuativi.html>.

⁶ Per una valutazione preliminare, Con. St., parere 9 maggio 2016, n. 1142. Nell'occasione, il Collegio ha criticato, ad esempio, la struttura dell'art. 5 dello schema di decreto che, sostituendo l'art. 6, l. n. 84 del 1994, ha ridefinito le funzioni e la struttura delle Autorità portuali (§ 6.1. del parere).

⁷ Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 27 giugno 2016, n. 1505, § 10.

2. La natura giuridica delle Autorità portuali

Sin dalla promulgazione della l. n. 84 del 1994, il dibattito sulla natura giuridica delle Autorità portuali si è sviluppato attestandosi su due posizioni opposte⁸: la qualifica in termini di enti pubblici economici ovvero non economici⁹.

Le prima lettura è basata sulla loro preminente funzione di programmazione e di pianificazione¹⁰; la seconda si focalizza sulla possibilità di svolgere, a determinate condizioni, anche attività economiche¹¹. Stando a quest'ultima, le Autorità portuali sono considerate centro di commistione tra attività gestorie ed imprenditoriali, non rinvenendosi una effettiva soluzione di continuità rispetto al pregresso modello delle Organizzazioni portuali¹².

Il dibattito sulla natura giuridica ha notevoli conseguenze pratiche. La Corte di cassazione ha recentemente sottolineato che la questione rileva sotto il profilo tributario, con riferimento all'imponibilità o all'esclusione dei redditi di natura fondiaria nella gestione dei beni demaniali. In particolare, la Sezione tributaria ha in più occasioni proposto per la qualifica di ente pubblico non economico, escludendo l'assoggettabilità ad IVA ed IRES dei canoni percepiti dalle stesse Autorità¹³.

⁸ Come è noto, la promulgazione della riforma portuale del '94 è frutto di forti pressioni europee. Per tutti, S.M. CARBONE - F. MUNARI, *op. cit.*, pp. 3 ss.

⁹ Per un'approfondita ricostruzione di entrambi gli orientamenti, si veda D. MARESCA, *La natura giuridica dell'autorità portuale alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. mar.*, n. 1/2014, pp. 147 ss. Meno recentemente, ma in maniera altrettanto puntuale, M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine alla natura giuridica e all'autonomia dell'Autorità portuale*, in *Foro amm. TAR*, n. 9/2007, pp. 2965 ss.

Tutti gli autori sopra ricordati prediligono la qualificazione delle Autorità portuali alla stregua di enti pubblici non economici.

In termini parzialmente difformi, M. CALABRÒ, *Il controverso inquadramento giuridico delle Autorità portuali*, in *Foro amm. TAR*, n. 9/2011, pp. 2923 ss., secondo cui, al contrario, non è opportuno predeterminare la qualifica di tali enti, dovendosi di volta in volta procedere alla valutazione del caso concreto in maniera tale da propendere correttamente per l'una o l'altra lettura.

¹⁰ G. ACQUARONE, *Le attività di promozione, programmazione e regolazione delle Autorità portuali*, in *Dir. mar.*, n. 3/2008, pp. 703 ss.

¹¹ Il riferimento è ai già segnalati artt. 6, comma 6, e 23, comma 5, l. n. 84 del 1994.

Per un parere in giurisprudenza favorevole alla qualifica di enti pubblici economici delle Autorità portuali, si veda Cons. St., Sez. III, 25 luglio 2008, n. 2361, in *Dir. mar.*, n. 1/2009, pp. 163 ss., con nota di G. PIERANTOZZI, *Ancora sulla natura delle Autorità portuali: un parere controcorrente*, Cass. civ., Sez. lav., 14 ottobre 2000, n. 13729.

Nella stessa prospettiva, D. GENNARI, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla natura giuridica delle Autorità portuali*, in *Dir. trasp.*, n. 2/2003, pp. 571 ss.

¹² M. CALABRÒ, *Il controverso inquadramento giuridico delle Autorità portuali*, cit., pp. 2923 ss., individua una terza via, ritenendo opportuno una valutazione da effettuarsi "di volta in volta", e dunque sul caso concreto, per definire la natura degli organi in questione.

¹³ Recentemente, sul punto, Cass. civ., Sez. trib., 29 maggio 2015, n. 11261 escludono l'assoggettabilità ad IVA ed IRES dei canoni percepiti dalle Autorità portuali, da considerarsi enti pubblici non economici.

Ancor più di recente, Cass., civ. Sez. trib., 7 ottobre 2015, n. 20027; Cass. civ., Sez. trib., 7 ottobre 2015, n. 20029; Cass. civ., Sez. trib., 3 luglio 2015, n. 13748; Cass. civ., Sez. trib., 27 febbraio 2013, n. 4925.

In passato, si veda anche TAR Liguria, sez. I, 18 ottobre 2012, n. 1230.

Contra, Cass. civ., Sez. trib., 25 luglio 2001, n. 10097, in *Giust. civ. Mass.*, pp. 1457.

Altra vicenda collegata è la formazione delle tariffe per le prestazioni delle compagnie e dei gruppi portuali, più sensibili alla disciplina ed al monitoraggio ministeriale in caso di qualifica in termini di enti pubblici non economici¹⁴. Ancora, la stessa Corte di cassazione ha ritenuto la distinzione fondamentale in ordine alla assoluta inderogabilità della procedura concorsuale per l'assunzione del personale¹⁵.

In dottrina e giurisprudenza si è affermata la definizione di enti pubblici non economici, in effetti più coerente con le pretese innovative della legge 84 del 1994, in attuazione del principio di separazione tra funzioni amministrative ed attività imprenditoriali¹⁶.

Tuttavia, il dibattito si è arricchito di nuova linfa a seguito della pronuncia della Corte di giustizia, 10 settembre 2014, C-270/13 che, dopo un rinvio pregiudiziale mosso dal TAR Puglia Sez. di Lecce¹⁷, e contrariamente a quanto dedotto da quest'ultimo, ha ritenuto le Autorità portuali un ente pubblico economico¹⁸. Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha risolto la vicenda negli stessi termini nel giudizio di appello¹⁹.

La decisione della Corte di giustizia, orientata a favorire la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei lavoratori, avrebbe potuto far sbilanciare il dibattito a favore della propria posizione. Ma così non è stato.

Interessanti, poi, le riflessioni di G. VEZZOSO, *Il controverso problema dell'ICI sul demanio portuale*, in *Dir. mar.*, n. 2/2012, pp. 589 ss.; G. VEZZOSO, *Due nuove pronunce sull'ICI/IMU sulle aree portuali*, in *Dir. mar.*, n. 1/2013, pp. 193 ss.,

¹⁴ Cons. St., Sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6146; Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2359, secondo cui il potere di aggiornamento delle tariffe in capo all'Autorità portuale deve comunque seguire le indicazioni resa all'interno dei decreti del Ministro dei trasporti e delle Infrastrutture.

¹⁵ Cass. civ., Sez. un., 24 luglio 2013, n. 17930, afferma che l'imposizione della procedura concorsuale per l'assunzione di personale è assolutamente inderogabile in caso di qualifica in termini di enti pubblici non economici.

¹⁶ Sembra questo il senso di alcune conclusioni tratte da F. VETRÒ, *Le prospettive di riforma delle Autorità portuali*, in R. SPASIANO (a cura di), *Il sistema portuale italiano*, cit., pp. 189 ss.

¹⁷ TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 26 giugno 2012, n. 1138, in *Dir. mar.*, n. 1/2013, pp. 184 ss., con commento di G. VEZZOSO, *Cittadinanza italiana e presidenza di Autorità portuali*, il quale esprime diversi dubbi sul carattere di ente pubblico economico. Così ancora G. VEZZOSO, *Prospettive di riforma dell'ordinamento portuale italiano*, in *Dir. mar.*, n. 2/2007, pp. 626 ss.

¹⁸ La questione viene anche considerata da G. DE GIORGI, *Natura delle Autorità portuali: questioni qualificatorie e analisi delle funzioni dell'Autorità e del suo presidente*, in R. SPASIANO (a cura di), *Il sistema portuale italiano*, cit., pp. 171 ss., propendendo per la qualifica di enti pubblici non economici.

¹⁹ Cons. St., Sez. IV, 10 marzo 2015, n. 1210.

Nello specifico, la questione riguardava la legittimità o meno della nomina a Presidente dell'Autorità portuale di Brindisi un cittadino greco. Secondo la ricostruzione del giudice pugliese, la cittadinanza italiana era necessaria per ottenere l'incarico, in quanto l'esercizio di pubblici poteri avrebbe giustificato l'esclusione alla nomina di soggetti stranieri.

Ci sono decisioni successive, sia del giudice ordinario²⁰ sia del giudice amministrativo²¹, che sposano la lettura opposta. Non solo. Va nella stessa direzione un precedente tentativo di riforma (naufragato)²² operato con il d.d.l. 3 aprile 2013, n. 370 che, all'art. 7, comma 2, propendeva per la qualifica di enti pubblici non economici²³.

Si è perciò confidato in una nuova e definitiva presa di posizione del legislatore per porre fine alle incertezze, considerato che i precedenti tentativi qualificatori non sono stati ritenuti decisivi²⁴.

La pronuncia della Corte di giustizia, paradossalmente, non ha posto solide basi per favorire gli auspicati effetti filo-concorrenziali; tutt'altro.

L'art. 3, comma 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244, ha introdotto significative limitazioni alla costituzione di società ed all'acquisizione di partecipazioni, imponendo altresì obblighi di dismissione in capo alle amministrazioni elencate nell'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, laddove l'attività societaria non sia strettamente necessaria al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente socio²⁵. Questi limiti non riguardano gli enti pubblici economici, non compresi nell'elenco: pertanto, se le Autorità portuali sono ritenute tali, divengono insensibili a queste preclusioni. Ed in effetti, nel parere 25 luglio 2008, n. 2361, il Consiglio di Stato si è pronunciato negli stessi termini.

Così ragionando, verrebbe aggirato il divieto per le Autorità portuali di cui al nuovo art. 6, comma 11, l. n. 84 del 1994. La norma, confermando la previsione del vecchio testo (il precedente art. 6, comma 6), vieta alle predette Autorità di svolgere operazioni portuali ed attività strettamente connesse, anche tramite lo strumento societario, in attuazione del principio di separazione tra attività gestorie ed economiche.

Infatti, se agli enti pubblici economici non si applica la disciplina di restrizione alla partecipazione in società *ex art. 3, comma 27, l. n. 244 del 2007*, allora un'Autorità portuale potrebbe acquisire liberamente quote in società la cui attività è estranea alle proprie finalità istituzionali. Ciò significa che, fermo restando il divieto di svolgere operazioni portuali nel porto di propria competenza *ex art. 6, comma 11, l. n. 84 del*

²⁰ Il riferimento è in particolare alle già segnalate Cass. civ., Sez. trib., n. 29 maggio 2015, n. 11261; Cass. civ., Sez. trib., 7 ottobre 2015, n. 20027.

²¹ Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 13 ottobre 2015, n. 632.

²² È noto come da anni, oramai, il legislatore stia tentando di riformare le Autorità portuali. Per alcune valutazioni su pregressi propositi di riforma, si veda E. MUSSO - C. FERRARI, *Verso la riforma portuale*, in *Quad. reg.*, n. 3/2009, pp. 991 ss.

²³ Per un'analisi dell'intero disegno di legge si rinvia a M. CALABRÒ, *La disciplina dei porti in Italia: caratteri, criticità e prospettive*, in *Nuove autonomie*, 2013, 1, pp. 99 ss.

²⁴ M. CALABRÒ, *Il controverso inquadramento giuridico delle Autorità portuali*, cit., 2942-2943; R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine alla natura giuridica e all'autonomia dell'autorità portuale*, cit., p. 2970; G. VEZZOSO, *Cittadinanza italiana e presidenza di Autorità portuali*, cit., p. 189, ritengono che il precedente riferimento legislativo all'art. 1, comma 993, l. n. 296 del 2006 (finanziaria 2007) alla natura di ente pubblico non economico delle Autorità portuali non sia risolutivo, rilevando ai soli fini tributari.

²⁵ Per una lettura della disposizione, per tutti, M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8-9/2013, pp. 855 ss.

1994, l'Autorità portuale potrebbe partecipare ad una impresa terminalista che esercita le medesime operazioni in ambiti portuali diversi da quelli sottoposti al proprio controllo e gestione²⁶.

Come si vede, il risultato è ben lontano dai propositi di salvaguardia della concorrenza.

La legislazione si è, però, opportunamente mossa in altra direzione.

Innanzitutto, il nuovo art. 6, comma 5, afferma che le Autorità di sistema portuale (d'ora in poi ASDP), espressione che sostituisce la precedente "Autorità portuali", sono «ente pubblico non economico di rilevanza nazionale» e rispetto ad esse «si applicano i principi [...] del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165». La modifica legislativa consentirebbe di applicare alle nuove ASDP i predetti limiti nell'utilizzo del modello societario. In seconda battuta, il testo unico sulle società partecipate, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, include nel suo ambito di applicazione soggettiva gli enti pubblici economici e le Autorità portuali. La nuova disciplina, che tra gli altri abroga l'art. 3, comma 27, l. n. 244 del 2007²⁷, vieta a tali enti di costituire società aventi ad oggetto attività di produzione di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nonché di acquisire e mantenersi delle quote²⁸.

In attesa di riscontri in dottrina e giurisprudenza sulla nuova disposizione, l'impressione è che alle Autorità portuali saranno definitivamente opponibili quelle preclusioni alla partecipazione in società già in passato stabilite dalla legge n. 244 del 2007, ma che erano aggirabili facendo leva sulla pronuncia della Corte di giustizia.

Nel tracciare una prima conclusione, le prime valutazioni sullo studio del progetto di riforma sono confortanti. Perlomeno sotto i profili considerati, la disciplina delle nuove ASDP appare più coerente con l'assetto concorrenziale e con il principio di separazione tra attività gestorie ed attività economiche rispetto alla precedente versione della legge n. 84.

3. Il rapporto tra Autorità portuale ed altri soggetti

La natura giuridica delle Autorità portuali non è il solo profilo su cui emergono delle problematiche potenzialmente in grado di incidere sulla competizione economica. Alcune contraddizioni sembrano presentarsi anche su questioni che, tradizionalmente, costituivano "zona franca" per l'applicazione delle pretese concorrenziali: il riferimento è alla condivisione tra le funzioni attribuite alle Autorità portuali ed alle Autorità marittime.

²⁶ L'espressione "terminalista" indica la categoria imprenditoriale che ha ottenuto, tramite concessione, la gestione di uno spazio demaniale in ambito portuale, in cui svolgere le operazioni portuali di cui all'art. 16, l. n. 84 del 1994. Per un'accurata descrizione, G. ACQUARONE, *Le attività di promozione, programmazione e regolazione*, cit., pp. 750 ss.

²⁷ L'abrogazione è stabilita dall'art. 29 del decreto delegato sulle società a partecipazione pubblica.

²⁸ In questo caso, invece, la norma di riferimento è l'art. 4 del decreto delegato di cui sopra.

Secondo una lettura didascalica, alle prime sono devoluti compiti di programmazione, mentre alle seconde le attività rivolte a garantire la sicurezza nei porti²⁹. È stato però evidenziato come nella prassi sia inutile distinguere tra le funzioni dell'una e dell'altra facendo leva, per l'appunto, sull'elemento della sicurezza, dato il suo carattere trasversale³⁰. La deduzione è confortata da qualche dato normativo.

Il nuovo art. 6, comma 4, lett. a), l. n. 84 del 1994, conferma l'attribuzione alle Autorità portuali di poteri di ordinanza al fine di tutelare la sicurezza e le attività svolte nei porti, nonché l'igiene sul lavoro. Ancor più significativo è l'art. 14, comma 1 *ter*, l. n. 84 del 1994 (non modificato dal d.lgs.n. 169 del 2016), secondo cui l'organizzazione dei servizi tecnico-nautici nei porti sede di Autorità portuale è definita di intesa tra quest'ultima e l'Autorità marittima.

La condivisione delle funzioni tra i due soggetti influisce anche sulle tematiche concorrenziali.

Si consideri, infatti, che l'art. 14, l. n. 84 del 1994, qualifica le attività tecnico-nautiche (battellaggio, pilotaggio, rimorchio e ormeggio) in termini di servizi di interesse generale volti ad incidere sulla sicurezza portuale. Questo aspetto ha a lungo inibito l'attuazione della disciplina concorrenziale³¹ e, dunque, della liberalizzazione di tali servizi³². Si è così giustificato il loro tendenziale regime di monopolio³³, in quanto le esigenze di *security* sono state ritenute difficilmente conciliabili con un mercato liberalizzato³⁴.

Queste teorie devono però rileggersi alla luce di alcune riflessioni.

L'accesso al libero mercato è stato ritenuto una via praticabile per quei servizi tecnico-nautici il cui legame con la sicurezza portuale è meno stretto³⁵. Inoltre, considerato che il regime monopolistico è ormai mal

²⁹ Per una ricostruzione dei compiti attribuiti all'una ed all'altra si veda G. BOI, *L'Autorità marittima e l'Autorità portuale*, in *Riv. dir. econ., trasp. e amb.*, 2009, VII, pp. 19 ss.

³⁰ S. ZUNARELLI, *I servizi portuali di interesse generale nella disciplina della legge 28 gennaio 1994, n. 84.*, in *Dir. trasp.*, n. 2/1995, pp. 441 ss.; più recentemente, M. BROCCA, *Autorità portuale e autorità marittima: la complessa organizzazione della sicurezza portuale*, in M.R. SPASIANO, *Il sistema portuale italiano*, cit., pp. 235 ss.

³¹ L. VENTURINI, *Attività all'interno del porto, classificazione e ricadute in tema di concessione di esercizio*, in *Dir. trasp.*, n. 3/2012, pp. 791 ss.

Analogo ragionamento è stato talvolta compiuto con riferimento all'ambito aeroportuale: si veda, di recente, TAR Lazio, Roma, Sez. III, 13 maggio 2015, n. 6994.

³² Qualche tentativo a riguardo fu fatto. Con la proposta di direttiva sull'accesso al mercato dei servizi portuali (COM 2001, 35), ritirata nel 2005, la Commissione aveva tentato di definire i servizi tecnico-nautici quali servizi a favore delle merci, così da attuarne un progressivo processo di liberalizzazione.

³³ M. CASANOVA - M. BRIGNARDELLO, *Riflessioni sui servizi tecnico-nautici alla luce della giurisprudenza*, in *Dir. mar.*, n. 2/2009, pp. 313 ss.

³⁴ CASANOVA - M. BRIGNARDELLO, *op. ult. cit.*, pp. 324-326.

³⁵ Il riferimento è al servizio di ormeggio. L'AGCM, nella *Indagine conoscitiva* 16 ottobre 1997, n. 5415, punti 238-239 ha infatti ritenuto che quest'ultimo adempia a dei doveri di sicurezza in tono minore rispetto ai servizi di pilotaggio e rimorchio. Ed in termini analoghi si vedano anche le riflessioni della Commissione europea in *Comunicazione su una politica europea dei porti*, in COM (2007) 616, punto 4.4.

tollerato anche da soggetti nazionali³⁶, sono stati fatti tentativi per introdurre una concorrenza *per* il mercato, con la definizione di un termine fisso, e comunque breve, per la durata della concessione³⁷.

Quest'ultimo aspetto merita qualche approfondimento.

L'art. 60, d.p.r. n. 328 del 1952, regolamento della navigazione marittima, rubricato «*Concessione di esercizio di servizi portuali*», disciplina le modalità per il rilascio della concessione in esclusiva, anche per i servizi tecnico-nautici, rinviando ad altre disposizioni dello stesso regolamento inerenti la concessione di aree del demanio marittimo³⁸. Esiste perciò un riferimento normativo in favore della gara per la scelta del concessionario in un ambito in cui la questione “sicurezza” ha in passato giustificato, di fatto, un affidamento senza competizione³⁹.

Inoltre, il punto 2 della nota del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 6 maggio 2010, n. 6105, afferma che i principi europei di evidenza pubblica si applicano anche alle concessioni in ambito portuale, rinviando alla apposita Comunicazione della Commissione⁴⁰, ad ulteriore testimonianza dell'intenzione di rendere il settore in questione permeabile alle vicende concorrenziali⁴¹.

Esistono, dunque, gli strumenti normativi per aprire le attività incidenti sulla sicurezza, fra cui i servizi tecnico-nautici, alle regole della competizione economica.

Ancora, l'individuazione di un compromesso tra sicurezza e concorrenza è necessaria anche considerando altre normative interne.

I servizi tecnico-nautici rappresentano delle attività imprenditoriali che esulano da quelle a carattere turistico-ricreativo, affermazione intuitiva ma assolutamente rilevante.

Negli ultimi anni, il legislatore è più volte intervenuto a seguito di diverse procedure di infrazione mosse dalla Commissione europea per normative sull'utilizzo del demanio marittimo poco coerenti con i principi di tutela del mercato⁴².

³⁶ AGCM, *Indagine conoscitiva nel settore dei servizi portuali*, 1997, pp. 87 ss. ed al relativo provvedimento 16 Ottobre 1997, n. 5416, in *Boll.*, 1997, n. 47, pp. 52 ss.

³⁷ L'auspicio è riportato nei due documenti sopra citati, e dunque nella Indagine conoscitiva dell'AGCM al punto 240, nonché dalla Comunicazione (2007) 616 della Commissione europea, ancora al punto 4.4.

³⁸ In dettaglio il rinvio è agli artt. da 5 a 39.

³⁹ Così anche M. CASANOVA - M. BRIGNARDELLO, *Riflessioni sui servizi tecnico-nautici*, cit., pp. 330.

⁴⁰ Il riferimento è, ancora una volta, alla Comunicazione della Commissione europea (2007)616.

⁴¹ Del resto, l'art. 28 c. nav., nell'elencare i beni appartenenti al demanio marittimo, include anche i porti.

⁴² Per un 'interessante ricostruzione della vicenda, A. MONICA, *Le concessioni demaniali in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, n. 2/2013, pp. 437 ss.; C. POZZI, *Le concessioni demaniali marittime: stato dell'arte dopo l'apertura della procedura di infrazione comunitaria*, in *Dir. comunitario e degli scambi internazionali*, n. 2/2011, pp. 379 ss., ripercorre il percorso di adeguamento dell'Italia alla disciplina europea sulle concessioni demaniali, considerando la varie procedure di infrazione avviate dalla Commissione.

Tra gli esempi più significativi si ricorda l'abrogazione del diritto di insistenza di cui all'art. 37 c. nav. (che accordava un regime preferenziale nei confronti del concessionario uscente) ad opera dell'art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194⁴³.

Quest'ultima norma ha però carattere bipolare, avendo introdotto una proroga automatica delle concessioni in essere sino al 31 dicembre 2015, termine poi prorogato al 31 dicembre 2020 dall'art. 34 *duodecies* del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179. A seguito di due rinvii pregiudiziali promossi dal giudice amministrativo⁴⁴, la Corte di giustizia ha confermato la contrarietà di tale proroga al diritto dell'Unione⁴⁵. Ancora, lo stesso art. 1, comma 18, d.l. n. 194 del 2009, reintroduceva intenzionalmente quanto disposto dall'art. 1, comma 2, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, ossia il rinnovo automatico sessennale della concessione⁴⁶. Pertanto, la disposizione del 2009 si è conformata solo "di facciata" alle pretese europee di tutela della concorrenza, tanto è vero che il legislatore è dovuto intervenire nuovamente abrogando il predetto art. 1, comma 2, d.l. n. 400 del 1993 attraverso l'art. 11, comma 1, lett. a), l. 15 dicembre 2011, n. 217, al fine di chiudere la procedura di infrazione n. 2008/4908.

Le concessioni sul demanio portuale sono però estranee a queste vicende, in quanto il decreto legge del '93 ha escluso espressamente dal proprio ambito di applicazione le concessioni rilasciate dalle Autorità portuali nell'ambito delle rispettive circoscrizioni⁴⁷. Il legislatore ha perciò scelto di ritagliare degli spazi a protezione della concorrenza per le concessioni portuali, diversamente da quanto fatto per quelle del restante demanio marittimo e, più in generale, per quelle a finalità turistico-ricreativa nel periodo antecedente i rimproveri europei.

Ciò significa che, prima della sua abrogazione, il rinnovo sessennale non si applicava, tra le altre, alle concessioni rilasciate dalle Autorità marittime agli operatori che svolgono servizi tecnico-nautici.

Questo settore non è stato dunque concepito dal legislatore come del tutto estraneo alla disciplina concorrenziale, neppure a fronte di esigenze di sicurezza, che non possono determinare ingiustificate restrizioni alle regole del libero mercato⁴⁸.

⁴³ Tra le tante riflessioni che la norma ha suscitato, si vedano quelle di S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 4/2003, pp. 355 ss.; L.R. PERFETTI, *Diritto di insistenza e rinnovo della concessione di pubblici servizi*, in *Foro amm. CdS*, n. 2/2003, pp. 621 ss..

Più specificamente sulle censure comunitarie, C. CALLERI, *Diritto di insistenza e interpretazione dell'art. 37 c. nav.*, in *Dir. trasf.*, n. 2/2008, pp. 467 ss.,

⁴⁴ Cons. St., Sez. VI, ord. 14 agosto 2015, n. 3936; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 26 settembre 2014, n. 2401.

⁴⁵ Corte giust., sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15.

⁴⁶ Per una ricostruzione dell'intera vicenda si rinvia a R. PICCOLI, *La procedura di infrazione comunitaria n. 2008/4908*, in *Dir. mar.* n. 3/2011, pp. 797 ss.

⁴⁷ Recentemente, sull'illegittima pretesa del diritto di insistenza con riguardo al rinnovo delle concessioni di aree portuali si vedano Cons. St., Sez. VI, 6 novembre 2015, n. 5062, TAR Liguria, Sez. I, 11 giugno 2014, n. 899.

⁴⁸ AGCM, *Indagine conoscitiva* 16 ottobre 1997, n. 5415, parte VI, Cap. 4.333. Ancora, AGCM, Segnalazione 28 ottobre 1998, AS 152, secondo cui non va sottaciuto che la garanzia della sicurezza non appare necessariamente in

Vista la collaborazione con le Autorità marittime nella gestione dei servizi tecnico-nautici, le Autorità portuali, a differenza che in passato, devono oggi prestare attenzione alle vicende concorrenziali anche in tale settore, rivestendo importanti mansioni di programmazione.

Tuttavia, l'enfasi del ruolo gestorio non deve indurre a considerarle alla stregua di Autorità indipendenti⁴⁹. Nel testo pre-riforma della l. n. 84 del 1994, la qualifica di figure *super partes* era sconsigliata da evidenti problemi di commistione tra ruolo imprenditoriale attivo e ruolo regolatore⁵⁰, in quanto persisteva per le Autorità portuali la possibilità di esercitare anche attività economiche⁵¹. Benché la nuova disciplina ponga maggiori limiti al riguardo⁵², le ASDP non possono egualmente essere considerate alla stregua di Autorità indipendenti.

Infatti, il nuovo art. 6 conferma, al comma 7, la sottoposizione delle ASDP ai poteri di indirizzo e vigilanza del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti⁵³, il che impedisce la loro assimilazione alle Autorità indipendenti.

In conclusione, il rapporto tra Autorità portuali ed altri soggetti pare orientato ad un effettivo assetto concorrenziale.

contrasto con la concorrenza tra più imprese, né con assetti istituzionali che introducano gli stessi incentivi all'efficienza determinati dal libero mercato. E così ancora segnalazione AS905 del 23 novembre 2011.

In giurisprudenza, TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 14 febbraio 2014, n. 480; Corte conti Friuli Venezia Giulia, Sez. contr., 13 novembre 2012, n. 142; meno recentemente ma in termini altrettanto significativi, Cons. St., Sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3235; Cons. St., Sez. VI, 16 ottobre 2008, n. 5028.

⁴⁹ Di diverso avviso M. MARESCA, *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2001, pp. 36, il quale riconosce che l'eterogeneità dei compiti attribuiti alle Autorità portuali può essere proficuamente svolta solo attribuendo a quest'ultima i caratteri di autonomia ed indipendenza tipici, per l'appunto, delle Autorità indipendenti.

⁵⁰ M. CONTICELLI, *I servizi di interesse generale, le operazioni e i servizi portuali nella realtà italiana*, in R. SPASIANO (a cura di), *Il sistema portuale italiano*, cit., 327 ss.; F. VETRÒ, *Le prospettive di riforma delle Autorità portuali*, cit., pp. 189 ss.

Nella disciplina pre-riforma, infatti, fermo il divieto di esercitare operazioni portuali, le Autorità portuali potevano esercitare anche attività economiche. Il precedente art. 6, comma 6, secondo periodo, l. n. 84 del 1994, ammetteva la costituzione o la partecipazione in società esercenti attività accessorie o strumentali rispetto ai compiti istituzionali affidati per legge. L'art. 23, comma 5, l. n. 84 del 1994 – ad oggi ancora in vigore perché non modificato dalla riforma – consentiva (e consente) lo svolgimento di servizi di interesse generale in precedenza erogati dalle sopresse organizzazioni portuali.

⁵¹ M. CALABRÒ, *Il controverso inquadramento giuridico delle Autorità portuali*, cit., pp. 2947-2948.

⁵² Il nuovo art. 6, comma 11, limita lo svolgimento delle attività economiche poiché non prevede – al contrario del precedente art. 6 comma 6 – la possibilità per le nuove ASDP di costituire o partecipare a società esercenti attività accessorie o strumentali ai compiti istituzionali affidati per legge. Rimane invariata, tuttavia, la possibilità di svolgere, ai sensi dell'art. 23, comma 5, l. n. 84 del 1994, servizi di interesse generale, da considerarsi attività economicamente rilevanti.

⁵³ Per una accurata ricostruzione dei profili di controllo e vigilanza esercitati dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, M. MARESCA, *La regolazione dei porti*, cit., pp. 29 ss.

Con riferimento alle Autorità marittime, l'eventuale norma che stabilisca la necessità della gara per l'affidamento (co-gestito) dei servizi tecnico-nautici, benché opportuna, potrebbe non essere così urgente: questa soluzione pare esigibile sulla base di disposizioni già esistenti.

Per l'equilibrio concorrenziale, poi, non è necessario che le Autorità portuali siano considerate alla stregua di Autorità indipendenti.

4. Le funzioni delle Autorità portuali

Dopo aver constatato che sotto il profilo soggettivo occorrono pochi aggiustamenti per rendere il modello delle Autorità portuali favorevole alla promozione dell'assetto concorrenziale, preme ora verificare quali aspetti della disciplina sono, eventualmente, da modificare sotto il profilo oggettivo. L'attenzione deve, quindi, spostarsi sull'analisi delle funzioni, dei poteri e della loro modalità di attuazione. Uno spunto di riflessione è offerto dal carattere ibrido del porto, inteso come complesso di beni pubblici e privati destinati agli usi pubblici del mare⁵⁴: tanto è vero che le Autorità portuali sono ad oggi chiamate a garantirne tanto una funzione collettiva quanto una funzione aziendale⁵⁵. La prima attiene alla disciplina dell'organizzazione della fruizione collettiva dell'area, mentre la seconda insiste sulle modalità di svolgimento dei servizi che ivi si esercitano. La duplice funzione è testimoniata anche dalle previsioni della l. n. 84 del 1994, che all'art. 6 attribuisce alle Autorità portuali svariate mansioni: di indirizzo e programmazione delle operazioni portuali, attività commerciali ed industriali, affidamento e controllo dei servizi di interesse generale, ovvero la loro diretta gestione in luogo dei privati.

Il nuovo art. 6 non prevede la facoltà per le ASDP di costituire o partecipare a società esercenti attività accessorie o strumentali rispetto ai compiti istituzionali⁵⁶, il che rappresenta un importante passo in avanti nella revisione delle funzioni. La scelta del legislatore è felice, in quanto sembrerebbe venire meno una criticabile deroga al principio di separazione tra attività e gestione nella versione originaria della legge.

Persiste ancora, però, la possibilità di svolgere attività a carattere imprenditoriale. Il riferimento è alla gestione in via diretta dei servizi di interesse generale, in precedenza resi dalle soppresse Organizzazioni portuali, ai sensi dell'art. 23, comma 5, la cui disciplina non viene modificata dalla riforma.

Tuttavia, in questo caso, le contraddizioni sotto il profilo concorrenziale preoccupano meno, poiché la norma è stata pensata per reintegrare i dipendenti pubblici delle predette Organizzazioni all'atto della loro

⁵⁴ In questo senso, F. MANGANARO, *Il porto da "bene demaniale" ad "azienda"*, in *Il dir. econ.*, n. 2/2008, pp. 257 ss.; M. MARESCA, *La regolazione dei porti*, cit., *passim*.

⁵⁵ C. ANGELONE, *L'Autorità portuale quale pubblica amministrazione è titolare di funzioni nelle aree portuali: brevi note*, in *Dir. mar.*, n. 2/2012, pp. 585 ss. E così in giurisprudenza anche TAR Liguria, Sez. I, 16 luglio 2008, n. 1524.

⁵⁶ V. nota 52.

soppressione⁵⁷. Ciò significa che, a distanza di più di vent'anni dalla sua entrata in vigore, la disposizione potrebbe stare per esaurire il suo margine di applicazione, a fronte dei presumibili e progressivi pensionamenti in cui sono incorsi i lavoratori reintegrati⁵⁸. Ci si potrebbe semmai chiedere perché il comma 5 dell'art. 23 non è stato soppresso, viste le critiche ricevute in merito alla violazione del principio di separazione tra attività e gestione⁵⁹.

La riscrittura dell'art. 6, per come è formulata, pone, però, un interrogativo.

La possibilità per le Autorità portuali di costituire e partecipare a società esercenti attività accessorie o strumentali rispetto ai propri compiti istituzionali, accordata nel testo previgente la riforma, non era prevista al momento della promulgazione della legge n. 84. La modifica è stata introdotta con l'art. 8 *bis*, d.l. 30 dicembre 1997, n. 457, conv. in l. 27 febbraio 1998, n. 30⁶⁰, al fine di convogliare l'attività imprenditoriale in ambiti attinenti ai propri compiti istituzionali.

Il nuovo art. 6, come detto, rifiuta questa evenienza: potrebbe, dunque, sorgere il dubbio che ad oggi le ASDP siano nuovamente legittimate ad esercitare attività imprenditoriale in modo libero (fermo restando il divieto a svolgere operazioni portuali). L'ipotesi, però, pare preclusa dall'espressa qualifica in termini di ente pubblico non economico delle stesse (nuovo art. 6, comma 5) che tradisce l'intenzione di rafforzarne le mansioni gestorie a scapito di quelle imprenditoriali.

Sono coerenti con questa impostazione le successive disposizioni del nuovo art. 6, il quale, al comma 4, lett. f), afferma che le ASDP debbono promuovere forme di raccordo con i sistemi logistici retroportuali ed interportuali. Non è dunque prevista la possibilità di costituire o partecipare a compagini societarie per la promozione e lo sviluppo delle infrastrutture serventi la circoscrizione portuale, dalle strade ferrate, alle autostrade, sino agli aeroporti, la cui attuazione non può che spettare agli imprenditori privati.

Al contrario, stando alla precedente versione dell'art. 6, comma 6, secondo periodo, le Autorità portuali potevano svolgere tramite società le attività legate allo sviluppo dell'intermodalità, della logistica e delle reti trasportistiche⁶¹, ovvero quei lavori la cui gestione appare oggi appannaggio esclusivo dei privati, ai sensi del nuovo art. 6, comma 4, lett. f).

⁵⁷ Così M. CALABRÒ, *Il controverso inquadramento giuridico delle Autorità portuali*, cit., pp. 2932, secondo cui il legislatore ha dovuto farsi carico delle inevitabili conseguenze derivanti dall'apertura al mercato delle operazioni portuali e dal contestuale trasferimento del personale dalle precedenti Organizzazioni alle neo-istituite Autorità portuali.

⁵⁸ Tuttavia, come si vedrà nel § 6., la permanenza in vigore della norma potrebbe risultare più utile che dannosa nell'ottica della tutela della concorrenza.

⁵⁹ V. ZACCHEO, *op. cit.*, pp. 364; M. CALABRÒ, *Il controverso inquadramento giuridico delle Autorità portuali*, cit., pp. 2931.

⁶⁰ La versione originaria dell'art. 6, comma 6, si limitava infatti a vietare alle Autorità portuali l'esercizio diretto ed indiretto delle operazioni portuali e delle attività ad esse strettamente connesse, senza ulteriori previsioni.

⁶¹ Per un'approfondita analisi della promozione delle attività commerciali ed industriali, nonché delle operazioni portuali all'interno della zona portuale, si rinvia a G. ACQUARONE, *Le attività di promozione, programmazione e regolazione*, cit., pp. 703 ss., secondo cui lo strumento societario è lecito per qualsiasi attività promozionale delle

L'attuale disciplina preclude, dunque, alle Autorità portuali la partecipazione in società anche in tale settore; queste possono svolgere attività imprenditoriali nella sola ipotesi residuale di cui all'art. 23, comma 5⁶².

La netta restrizione del carattere imprenditoriale delle ASDP non inciderebbe comunque sulla natura oramai assodata dell'area portuale, intesa come efficace sintesi tra luogo di svolgimento di attività commerciali e spazio a carattere demaniale⁶³. Il rafforzamento del ruolo di regolazione è, anzi, funzionale a rimarcare la duplice vocazione del porto, strutturato attorno ad un'autorità con soli poteri gestori ed ad una rigida competizione tra operatori da cui essa è inesorabilmente esclusa, come da iniziali programmi secondo la legge del '94.

Si iscrive in quest'ottica anche la previsione nello schema di decreto delegato secondo cui le ASDP amministrano in via esclusiva beni ed aree demaniali (nuovo art. 6, comma 4, lett. e). Si è così positivizzata la tendenza a devolvere alle Autorità portuali la regolazione, tra gli altri, anche degli spazi su cui insistono beni privati ma funzionali ad un interesse pubblico⁶⁴. La scelta è felice, considerato che nelle aree portuali sono presenti anche beni od opere di proprietà privata, situazione particolarmente frequente laddove le Autorità portuali si rivolgono ad operatori terzi per attuare una politica di riqualificazione degli spazi⁶⁵.

L'attribuzione in via esclusiva alle ASDP dell'amministrazione delle aree demaniali è interessante anche per un'altra conseguenza degna di nota: la ripartizione di funzioni tra queste ed altri soggetti di diritto pubblico.

funzioni istituzionali dell'organismo portuale; e dunque anche quelle legate al potenziamento delle reti di trasporto ed alla logistica infrastrutturale.

In termini simili anche F. MANGANARO, *Il porto da "bene demaniale" ad "azienda"*, cit. pp. 257 ss.

⁶² Si aprono chiaramente dei problemi legati al ricollocamento di un numero significativo di lavoratori, questione da non sottovalutare ma che esula dal presente ambito di ricerca.

Ci si limita perciò a segnalare che lo schema di decreto non affronta il problema, sembrandolo ignorare. Sarebbe invece opportuno capire non solo come ricollocare la forza lavoro ora occupata, ma anche le modalità in cui attuare le preventivabili procedure di dismissione delle partecipazioni possedute in società che, per quanto detto, non avrebbero più titolo per esercitare.

⁶³ F. MUNARI, *La trasformazione dei porti da aree demaniali portuali a mercati: amministrazione e gestione delle aree portuali tra sussidiarietà e privatizzazione*, in *Dir. mar.*, n. 2/2004, pp. 374 ss., evidenzia l'evoluzione del ruolo degli spazi portuali, condividendo la scelta operata dal legislatore italiano del '94 di potenziare la privatizzazione e valorizzare l'economicità delle attività imprenditoriali ivi svolte ma, al contempo, ammonendo sulla necessità di non dimenticare il loro carattere demaniale.

⁶⁴ F. MANGANARO, *Il porto da "bene demaniale" ad "azienda"*, cit., pp. 260.

⁶⁵ Affronta il tema TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. VI, 21 novembre 2014, n. 563, ricordando che le Autorità portuali possono concedere determinate zone del porto a favore di imprenditori privati, per realizzare strutture commerciali e turistiche nella prospettiva di riqualificazione degli spazi portuali. Le opere permangono private, in quanto il nostro ordinamento ne ammette pacificamente la presenza su aree demaniali, con la consapevolezza che le stesse passeranno alla proprietà del demanio una volta terminata la concessione.

In merito, si segnala una recente sentenza del Consiglio di Stato⁶⁶ che si è occupata dell'individuazione del soggetto competente nell'adozione del provvedimento di riduzione in pristino per occupazione abusiva su suolo demaniale. Le norme di riferimento sono gli artt. 54 e 55 c. nav., i quali stabiliscono, rispettivamente, il potere di ingiunzione alla riduzione in pristino sulle zone del demanio marittimo abusivamente occupate dai privati, e l'autorizzazione alla esecuzione di nuove opere entro una zona di trenta metri dai confini del demanio stesso. Queste disposizioni si applicano anche ai porti dato che, ai sensi dell'art. 28 c. nav., essi appartengono al demanio marittimo.

In particolare, l'art. 55, comma 5, c. nav., attribuisce all'Autorità marittima il potere di procedere alla riduzione in pristino nel caso in cui siano abusivamente edificate nuove opere entro i trenta metri di cui sopra. Tanto è vero che, nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha annullato il provvedimento con cui il Comune aveva ordinato la demolizione per sua incompetenza.

Ma visto il conferimento in via esclusiva dell'amministrazione delle aree e dei beni del demanio marittimo stabilito nell'attuale versione dell'art. 6, comma 4, lett. e), l. n. 84, il potere in questione pare assicurato alle ASDP. La norma determinerebbe, dunque, una modifica nella suddivisione di funzioni tra queste e le Autorità marittime.

Qualche conseguenza si verifica anche con riguardo all'art. 54 c. nav., richiamato dalla sentenza in commento. Come detto, la norma attribuisce al capo del compartimento – e cioè all'Autorità marittima – il potere di ingiungere la riduzione in pristino, nonché la relativa attuazione in caso di mancata esecuzione dell'ordine di abbattimento. Nondimeno, come riconosciuto dal Consiglio di Stato in un passaggio della pronuncia, è lecito che le leggi regionali intervengano attribuendo ai Comuni il potere di ordinare la demolizione dell'opera abusiva nei casi di cui all'art. 54. Questa soluzione appare però in contrasto con le previsioni del nuovo art. 6, comma 4, lett. e). Se, infatti, l'amministrazione delle aree e dei beni demaniali spetterà in via esclusiva alle nuove ADSP, allora la legge regionale non potrebbe più attribuire questa facoltà ai Comuni.

Si attende comunque un chiarimento sul punto, con l'auspicio di una interpretazione autentica da parte del legislatore, per comprendere l'esatta ripartizione delle funzioni tra i soggetti.

Tutto ciò premesso, l'impressione è che la riforma rafforzerà di non poco il ruolo di regolazione delle ADSP sul profilo funzionale. Infatti, il divieto pressoché definitivo nell'utilizzo del modello societario ai

⁶⁶ Il riferimento è a Cons. St., Sez. VI, 9 marzo 2016, n. 244, in cui al punto 11 della sentenza viene stabilito che «gli artt. 54 e 55 Cod. nav. conferiscono all'autorità marittima e non al Comune il potere di ordinare la riduzione in pristino». Tuttavia, è opportuno ricordare la sentenza Cons. St., Sez. VI, 12 giugno 2015, n. 2889, che aveva poco tempo prima confermato la legittimità di un provvedimento di riduzione in pristino adottato dal Comune per un'opera abusiva eretta all'interno di un'area demaniale, ai sensi dell'art. 54, c. nav. Ciò conferma come, anche all'interno della stessa sezione, vi siano orientamenti difformi su profili di centrale importanza.

sensi del nuovo art. 6 (che, nello specifico, al comma 11 ribadisce pure il divieto di utilizzo del modello societario per svolgere operazioni portuali) dimostra l'intenzione di negare il carattere imprenditoriale di tali soggetti.

La riserva in via esclusiva a favore delle amministrazioni delle aree demaniali conferma l'intenzione di seguire il percorso di rafforzamento del ruolo gestorio e di regolazione, strumentale ad una equilibrata competizione tra gli imprenditori privati.

5. Le procedure ad evidenza pubblica

Perché questi obiettivi possano realizzarsi, occorre che il potere sia esercitato in maniera coerente rispetto alle premesse.

Importanti spunti di riflessioni sono offerti in merito dalle modalità di rilascio delle concessioni e delle autorizzazioni per le attività imprenditoriali.

Un primo elemento che denota l'intenzione di salvaguardare l'assetto concorrenziale si rinviene nel mancato riferimento per volontà legislativa al diritto di insistenza alle concessioni nell'area portuale.

Ulteriori conferme sono poi rese dall'assodato obbligo di applicare i principi concorrenziali di derivazione europea⁶⁷, tanto con riferimento alla concessione di una determinata area (o l'autorizzazione ad operarvi), quanto per il suo rinnovo, poiché in entrambi i casi persiste una finalità lucrativa⁶⁸. L'orientamento non desta stupore in quanto, con specifico riferimento all'ambito portuale, la Commissione europea ha precisato che «quando una concessione giunge a scadenza, il suo rinnovo è assimilabile ad una nuova concessione»⁶⁹, essendo dunque soggetta ai predetti principi.

Ed ancora, l'utilizzo della procedura ad evidenza pubblica dovrebbe riguardare anche altre vicende, come ad esempio il sub-ingresso in una concessione precedentemente rilasciata⁷⁰.

La questione non è stata sempre pacifica, considerato che il giudice amministrativo aveva talvolta negato l'obbligo della gara in tale frangente stante una eccessiva riduzione della sfera di autonomia contrattuale

⁶⁷ D. GENNARI, *Le concessioni demaniali marittime alla prova dei principi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa*, II parte, in *App. e contr.*, n- 1-2/2009, pp. 17 ss., cui si rinvia anche per una ricca giurisprudenza sul tema; D. GENNARI, *Le concessioni demaniali marittime alla prova dei principi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa*, I parte, *ibidem*, n. 12/2008, pp. 47 ss.

⁶⁸ M. D'ORSOGNA, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza*, in *Urb. e app.*, n. 5/2011, pp. 599 ss., a commento della ordinanza TAR Sardegna, Sez. I, 27 ottobre 2010, n. 473, secondo cui occorre disapplicare l'art. 1, comma 18, d.l. n. 194 del 2009, che ha introdotto una prima proroga sino al 31 dicembre 2015 per le concessioni demaniali marittime.

Tra le prime pronunce sul tema, Cons. St., Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168.

⁶⁹ Commissione europea, Com. 616 del 18 ottobre 2007, punto 4.3.

⁷⁰ Sul tema, si segnalano le osservazioni di F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm. TAR*, n./2009, pp. 787 ss., in particolare pp. 802 ss.; D. VEZZOSO, *Possibili limiti al sub ingresso nelle concessioni*, in *Dir. mar.*, n.3/2011, pp. 909 ss.,

del concessionario nella selezione del subentrante⁷¹, mentre in altre occasioni ne aveva preteso l'attuazione per conformità ai principi comunitari⁷². La dottrina si è, peraltro, espressa nel senso della seconda soluzione⁷³.

Tuttavia, neppure ad oggi la questione sembra essere giunta ad una opinione condivisa, in quanto continua a mancare una visione univoca in giurisprudenza. Invero, il giudice amministrativo, pure a fronte di una lettura favorevole alla superfluità della gara nel rilascio dell'autorizzazione al sub-ingresso *ex art. 46 c. nav.*⁷⁴, in una recente pronuncia si è mostrato possibilista sull'apertura alla procedura ad evidenza pubblica⁷⁵.

La decisione del Collegio non è da sottovalutare. Considerata l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che riconosce l'inadeguatezza delle disposizioni del regolamento della navigazione marittima rispetto alle pretese europee sulla tutela della concorrenza⁷⁶, analogo ragionamento potrebbe proporsi anche per il sub-ingresso *ex art. 46 c. nav.*, pena un difetto di coerenza.

⁷¹ Così Cons. St., Sez. VI, 27 dicembre 2010, n. 9406.

⁷² TAR Lazio, Latina, Sez. I, 9 gennaio 2009, n. 12; TAR Puglia, Bari, Sez. II, 7 agosto 2008, n. 1940.

⁷³ F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo*, cit., pp. 802 ss., in cui l'A. evidenzia che la rilevanza economica dell'attività impone l'obbligo della gara anche nel caso di subentro. In termini simili, seppure riferito alla concessione di beni pubblici, TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 1 settembre 2014, n. 4636.

Riflessioni analoghe sono sviluppate anche in D. VEZZOSO, *Possibili limiti al subingresso nelle concessioni*, in *Dir. mar.*, n.3/2011, pp. 909 ss.

⁷⁴ TAR Toscana, Sez. III, 27 maggio 2015, n. 822, afferma che le concessioni demaniali marittime continuano ad essere disciplinate dal codice della navigazione e dal relativo regolamento, non trovando applicazione le disposizioni del codice appalti. Ragion per cui è illegittimo il diniego al sub-ingresso qualora stabilito invocando le norme del d.lgs. n. 163 del 2006; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 8 maggio 2015, n. 2571. E così anche TAR Sardegna, Sez. I, 14 maggio 2015, n. 775, in cui, facendosi leva sull'art. 45 *bis*, c. nav., viene evidenziata la libertà dei concessionari diretti di delegare ed assegnare la gestione dell'attività a terzi, essendo necessaria la sola autorizzazione dell'amministrazione competente. Peraltro, la disciplina dell'art. 45 *bis* non è affatto chiara, come sottolineato da F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo*, cit., pp. 804-805, in cui l'A. afferma innanzitutto che tale articolo non si applicherebbe alle concessioni inerenti i servizi e le attività portuali.

⁷⁵ Cons. St., Sez. VI, 7 marzo 2016, n. 889, infatti, afferma al punto 12 che l'illegittimità del sub-ingresso viene dedotta in via derivata e consequenziale rispetto all'annullamento del provvedimento avente ad oggetto il rinnovo senza gara della concessione. In altre parole, il Consiglio di Stato non ritiene che la procedura di sub-ingresso debba sempre andare esente dal rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, la cui attuazione potrebbe dunque influire sul tema.

⁷⁶ G. BALOCCO, *La concessione demaniale marittima tra diritto interno e principi comunitari*, in *Giur. it.*, n. 2/2011, pp. 444 ss., ricorda l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che ritiene inadeguato, in caso di affidamento in concessione di servizi, l'art. 18 reg. nav. mar. rispetto al *quantum* di concorrenza preteso dalle istituzioni europee. In particolare, l'anacronismo della norma è dovuto al fatto che essa consente all'amministrazione, a condizione che la concessione non sia di «particolare importanza», di non adempiere all'obbligo (che dunque degrada a mera facoltà) di pubblicazione della domanda dell'aspirante concessionario. Di qui, viene dedotta la necessità della procedura ad evidenza pubblica.

L'orientamento in questione è rinvenibile in TAR Liguria, Sez. I, 29 aprile 2015, n. 41. Così, meno recentemente, anche Cons. St., Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in *Urb. e app.*, n. 3/2005, pp. 329 ss.; TAR Lazio, Latina, sez. I, 8 settembre 2006, n. 610; Corte conti, Friuli Venezia-Giulia, Sez. reg. contr., 13 novembre 2012, n. 142; TAR Campania, Napoli, sez. VII; 31 ottobre 2007, n. 10326, in *Dir. mar.*, n.2/2008, pp. 601 ss., con nota di S.

Del resto, i principi europei godono di una evidente forza espansiva, così come ammesso dallo stesso giudice amministrativo⁷⁷. Non sembra perciò illogico riconoscere l'obbligo dell'evidenza pubblica anche alle procedure di sub-ingresso nelle concessioni demaniali marittime, incluse quelle portuali.

Spinge verso questa conclusione, ad esempio, la facoltà per il terminalista di affidare ad imprese portuali terze l'esercizio di alcune attività comprese nel ciclo delle operazioni portuali ai sensi dell'art. 18, comma 7, l. n. 84 del 1994 (invariato a seguito della riforma). La disposizione deroga all'obbligo di esercizio diretto dell'attività da parte del concessionario, ma consente la sub-concessione, previa autorizzazione dell'Autorità portuale, delle sole attività secondarie nel ciclo delle operazioni portuali. A nostro avviso, quelle principali sono state ignorate in quanto meriterebbero l'attuazione di una ben più rigida procedura competitiva per la selezione dell'operatore.

Il legislatore non si è dunque posto scrupoli nel limitare l'autonomia contrattuale del concessionario in nome dell'interesse pubblico: non vi sono impedimenti decisivi a che lo stesso atteggiamento sia tenuto anche per la questione del sub-ingresso.

Prima dell'approvazione definitiva del decreto delegato, visti i contrasti e le incertezze nel campo giurisprudenziale, sarebbe stato opportuno riflettere su queste tematiche, del tutto ignorate.

La tendenza alla progressiva espansione dei principi di evidenza pubblica è d'altronde intimamente collegata alla prospettiva di lucro per lo sfruttamento dell'area. Nel caso di modifica dell'oggetto della concessione, è stato riconosciuto l'obbligo della gara per l'affidamento delle nuove concessioni, a differenza di quanto accade per gli atti estensivi di una concessione precedente, in cui tale soluzione è superflua⁷⁸. Il discrimine è stato appunto rinvenuto nel carattere remunerativo o meno dell'intervento di ammodernamento⁷⁹, ossia lo stesso su cui si è fatto leva per imporre la gara nel caso di rinnovo della concessione precedente.

BOTTACCHI, *Le concessioni demaniali marittime "per licenza": legittimazione all'impugnazione e applicabilità dei principi comunitari*.

Contra, ossia dell'opinione che l'art. 18 reg. nav. mar. soddisfi i principi europei in tema di concorrenza, F. MUNARI, *La scelta dei concessionari di servizi e delle attività portuali alla luce di una sentenza: "luci ed ombre" della Corte dei conti*, in *Dir. mar.*, n. 3/2013, pp. 61 ss.

⁷⁷ TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 1 settembre 2014, n. 4636, e l'ulteriore giurisprudenza ivi richiamata.

⁷⁸ Per una più approfondita analisi della dicotomia si rinvia a G. BALOCCO, *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto ed obbligo di gara*, in *Urb. e app.*, n. 7/2006, pp. 854 ss.

⁷⁹ G. BALOCCO, *op. ult. cit.*, pp. 856 ss., mette infatti in evidenza, richiamando anche la giurisprudenza comunitaria, che il carattere della remuneratività dell'intervento è la variabile decisiva per ricondurre i lavori nell'alveo della nuova concessione ovvero dell'estensione della concessione precedente; e dunque per ammettere o meno l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica.

Ancora, la gara è stata ritenuta necessaria anche nel caso di assegnazione di aree intercluse ed attigue⁸⁰ rispetto a quella già ottenuta in concessione⁸¹. La giurisprudenza aveva già ritenuto imprescindibile questa soluzione⁸², parere che ha trovato il consenso di alcuni esponenti della dottrina, convinti che, altrimenti, un affidamento diretto avrebbe reintrodotta la figura del concessionario insistente⁸³, o comunque agevolato la costituzione di monopoli⁸⁴.

Il d.lgs. n. 169 del 2016 tace anche su questi profili, mentre in passato il legislatore aveva considerato la questione, seppur in modo criticabile.

Nei precedenti tentativi riformatori, le aree attigue costituivano un'ipotesi di deroga alla procedura ad evidenza pubblica⁸⁵, il che non sembra una soluzione in linea con gli indirizzi europei. Pertanto, piuttosto che stabilire un intervento normativo contraddittorio rispetto alle richieste sovranazionali, è preferibile il silenzio serbato dal decreto delegato sul punto; anche se l'opzione migliore sarebbe stata la previsione normativa dell'obbligo di gara.

È vero che l'attribuzione diretta all'imprenditore già concessionario di spazi contigui a quelli già concessi potrebbe migliorare l'efficienza del servizio reso a costi eventualmente minori; tuttavia, è altrettanto palese che l'estensione della zona in cui operare garantirebbe – perlomeno potenzialmente – un maggiore profitto.

Il carattere remunerativo, come detto poc'anzi, è stato l'elemento su cui si è fatto leva per motivare la necessità della procedura ad evidenza pubblica sia nel rinnovo della concessione sia nella modifica del suo oggetto. Per questa ragione, sarebbe incoerente escludere la gara nella concessione di aree attigue ed intercluse, dato che anche in questo caso persiste la prospettiva di incremento degli introiti per l'imprenditore.

⁸⁰ Le aree intercluse sono costituite dagli spazi inclusi entro aree già concesse ad un unico soggetto. Le aree attigue, invece, consistono negli spazi adiacenti all'area ottenuta in concessione e sono naturali prolungamenti di quest'ultima, dalla quale vi si accede.

⁸¹ Per un'attenta disamina, M. BRIGANDELLO, *Le concessioni di aree e banchine portuali ex art. 18, l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. nav.*, n. 2/2010, pp. 467 ss., in particolare pp. 494 ss.

⁸² Cons. St., Sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362.

⁸³ N. PAOLANTONIO, *Concessione di aree portuali e concorrenza. Considerazioni de jure condendo*, in M.R SPASIANO (a cura di), *Il sistema portuale*, cit., pp. 313 ss., ed in particolare pp. 322 ss. Occorre comunque ricordare che l'A. apre ad un affidamento diretto per l'imprenditore già concessionario delle aree intercluse rispetto a quelle già oggetto di concessione principale, pur ritenendo l'esistenza delle stesse un caso di scuola piuttosto che un dato reale.

⁸⁴ M. BRIGANDELLO, *Le concessioni di aree e banchine portuali*, cit., pp. 495-496.

⁸⁵ N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, pp. 322 ss., analizza il tentativo di riforma presentato nel corso della XVI legislatura, e successivamente ripresentato in avvio della XVII legislatura con il d.d.l. n. 370 del 2013, il cui art. 17 riscriveva l'art. 18, l. n. 84 del 1994. In particolare, l'A. evidenzia come il progetto riformatore prevedesse espressamente, nella riscrittura dell'art. 18, comma 8, che «è facoltà dell'autorità portuale [...] derogare alle disposizioni del comma 7 del presente articolo [ossia alla procedura di evidenza pubblica] con riguardo a spazi interclusi entro aree concesse ad un unico soggetto o ad esse attigue [...]».

Purtroppo, il legislatore delegato ha mostrato disinteresse nella regolazione di questo specifico profilo che, tra l'altro, necessiterebbe di un chiarimento visto che il precedente tentativo di riforma aveva tradito un'incoerenza di fondo rispetto all'obiettivo di salvaguardia della competizione economica.

Ma il d.lgs. n. 169 del 2016 è carente anche su tematiche analoghe, come ad esempio la possibilità per il concessionario di estendere le attività svolte nell'area concessa, cioè di ampliare la gamma degli esercizi imprenditoriali rispetto a quelli già espressamente consentiti dalla concessione.

A riguardo, si sono sostenute diverse posizioni. Talora la sola autorizzazione rilasciata dall'Autorità portuale è stata ritenuta sufficiente per legittimare l'estensione⁸⁶; in altre occasioni, invece, è stata decretata l'inutilità della gara nel momento in cui l'ampliamento dell'attività rispetto a quella oggetto di concessione non costituisca una variazione sostanziale⁸⁷. Il giudice amministrativo non ha, dunque, escluso che l'estensione degli esercizi imprenditoriali non richieda la procedura ad evidenza pubblica, ma ha spostato l'attenzione su un profilo a monte, ovvero l'omogeneità tra l'attività in origine autorizzata e quella frutto dell'ampliamento.

Anche la dottrina ha espresso posizioni differenti sul tema.

C'è chi ha propeso per l'attuazione della gara, ritenendo inopportuno in sua assenza il mutamento sostanziale dell'oggetto delle attività imprenditoriali⁸⁸. Al contrario, altri hanno visto nella loro estensione, da legittimarsi con la sola autorizzazione, un esempio concreto di valorizzazione delle regole del mercato nel contesto portuale ed un fermo rifiuto del dirigismo economico, anziché una pericolosa deroga all'assetto concorrenziale⁸⁹.

Aldilà di un giudizio di merito per l'una o l'altra posizione, la frammentarietà delle opinioni avrebbe consigliato, ancora una volta, l'intervento del legislatore, cui spettava fare chiarezza su un profilo centrale nella promozione della competizione tra operatori economici.

⁸⁶ Cons. St., Sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3235; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 28 maggio 2007, n. 4867.

⁸⁷ TAR Sardegna, Sez. I, 19 luglio 2012, n. 731, in cui si legge che «*Trattandosi di variazione "non sostanziale", ma integrativa, non sussisteva quindi né obbligo di preventiva rinuncia alla concessione in essere, né di avvio di nuova gara per il rilascio di una nuova concessione*». Nel caso di specie, sono state ritenute afferenti al medesimo settore operativo, da un lato, le attività di alaggio, rimorchio e rimessaggio di navi e, dall'altro, quelle di costruzione e manutenzione di navi, in quanto entrambe riconducibili al novero della "cantieristica navale".

Infine, occorre segnalare che la sentenza d'appello, Cons. St., Sez. VI, 3 ottobre 2014, n. 4954, conferma *in toto* quanto stabilito dal primo giudice, in quanto viene ribadito che le modifiche apportate all'oggetto della concessione non sono di carattere sostanziale.

⁸⁸ M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e banchine portuali*, cit., pp. 497 ss., sottolinea come l'estensione delle attività del concessionario in assenza di apposita procedura ad evidenza pubblica abbia legittimato lo stesso a realizzare un terminal agroalimentare per prodotti ortofruttiferi, che francamente hanno poco a che vedere con il ciclo delle operazioni portuali.

⁸⁹ G. TACCOGNA, *Organizzazione amministrativa e concorrenza nelle operazioni portuali*, in *Dir. mar.*, n. 2/2000, pp. 584 ss.

Per concludere, l'impressione è che le modalità di esercizio del potere rappresentino un tema colpevolmente sottovalutato dalla riforma, che ha soprasseduto su molteplici interrogativi. Il problema è reale: l'individuazione dell'*an* e del *quomodo* circa lo svolgimento della gara per l'affidamento delle operazioni economiche è, invece, fondamentale per comprendere quali saranno i poteri ed i limiti delle ADSP nello svolgimento delle proprie mansioni.

6. La concorrenza nel contesto portuale: il caso della gestione degli spazi portuali

Si è finora considerato il rapporto tra, da un lato, la tutela della concorrenza e, dall'altro, natura, funzioni e poteri delle Autorità portuali.

Lo studio non può però tralasciare l'indagine dello spazio su cui queste possono esercitare le proprie mansioni, verificandone la coerenza o meno con la salvaguardia degli equilibri concorrenziali.

Punto di partenza è la già ricordata natura ibrida del porto.

La contemporanea qualifica in termini di area demaniale ed azienda è stata efficacemente sintetizzata con l'espressione "portualità allargata"⁹⁰, che ammette lo svolgimento di attività commerciali nelle aree portuali, non necessariamente collegate al trasporto della merce, ovvero del tutto scisse dalle operazioni portuali. In questo senso, il porto è considerato non solo come bene demaniale, ma anche come complesso di beni pubblici e privati, funzionali al traffico marittimo ed agli usi pubblici del mare⁹¹, a loro volta comprendenti interessi industriali e commerciali⁹².

Benché a volte sia difficoltosa una precisa delimitazione dell'area complessiva⁹³, il concetto di "portualità allargata" amplia chiaramente l'ambito portuale, giungendo ad includere anche zone limitrofe al porto, e comunque funzionali alla movimentazione della merce in modo analogo a quanto accade per le aree

⁹⁰ Si sono occupati del tema, M. CASANAVOA, *Considerazioni sulla demanialità dei porti*, in AA.VV., *Scritti in onore di F. Berlingieri, op. cit.*, vol. I, pp. 319 ss.; E. VOLLI, *Porto franco di Trieste e concessioni demaniali: esistenza del Territorio libero di Trieste*, in *Dir. mar.*, n. 4/2013, pp. 920 ss.

In giurisprudenza, un recente contributo è reso da TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 21 novembre 2014, n. 563, che soffermandosi sul concetto di "portualità allargata" lo definisce come una zona in cui promuovere attività imprenditoriali, commerciali, culturali e turistiche con cui promuovere lo sviluppo economico e l'espansione del ruolo del porto. In termini simili, anche TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 15 luglio 2013, n. 400.

⁹¹ Il riferimento è ancora a F. MANGANARO, *Il porto da "bene demaniale" ad "azienda"*, cit., pp. 260.

⁹² M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo*, Milano, 1990, p. 22.

⁹³ D. GAETA, *Il demanio marittimo*, Milano, 1965, pp. 5 ss.

Più recentemente, e con specifico riferimento ai porti, si veda G. DUCA, *Brevi note sulla condizione delle darsene*, in *Dir. mar.*, n. 2/2004, pp. 484 ss., in commento a Cons. St., Sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1601, in cui il Collegio abbraccia una nozione naturalistica di porto, la quale prescinderebbe dalla erezione di opere artificiali.

prettamente portuali. Tali zone potrebbero, quindi, essere sensibili ai poteri di regolazione e gestione delle Autorità portuali⁹⁴, visto il contributo alle attività ed agli interessi da queste curati⁹⁵.

Di più, se i beni privati contribuiscono allo sviluppo della circoscrizione portuale in modo analogo alle strutture pubbliche⁹⁶ dovrebbero a ragione considerarsi parte del porto nella sua accezione estensiva⁹⁷, con la conseguente soggezione, almeno in parte, ai poteri esercitati dalle Autorità portuali.

Occorre verificare se, a riguardo, esiste qualche riscontro concreto in giurisprudenza.

Alcuni spunti di riflessione sono offerti dalla gestione degli spazi sotto il profilo tributario, con particolare riferimento all'obbligo (o meno) del pagamento del tributo per l'imbarco e lo sbarco della merce.

In merito, la giurisprudenza ha talvolta ammesso che le pretese di pagamento possono riguardare anche quelle zone non propriamente portuali, cioè pur sempre collocate all'interno dei confini tracciati con decreto del Ministero dei Trasporti, e tuttavia non appartenenti «*stricto sensu*» al porto⁹⁸. Le Autorità portuali verrebbero così messe nelle condizioni di esercitare il potere di riscossione anche su beni che, pur insiti nella circoscrizione portuale definita con il predetto decreto, sono di proprietà privata.

La vicenda è già nota con l'espressione "porti estesi"⁹⁹, che si riferisce ad impianti e scali appartenenti a privati su cui l'Autorità, pur non vantando un ruolo gestorio vero e proprio, assume egualmente il potere di sottoporre a tassazione i proventi che gli imprenditori ottengono, beneficiando delle attività svolte all'interno del porto.

A riguardo, sono state esternate perplessità perché difetterebbe il presupposto della tassa – elemento che la contraddistingue dall'imposta – ovvero la controprestazione a carico del soggetto pubblico in favore del privato, a legittimazione del prelievo¹⁰⁰. Si consideri, tuttavia, che la Corte di cassazione, pur

⁹⁴ R. NUOVO, *Voce Porto* (navigazione interna), in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, p. 417.

⁹⁵ A riguardo, un conforto normativo può rinvenirsi nell'art. 59 c. nav., il quale segnala che i depositi e gli stabilimenti situati anche solo parzialmente entro i confini delle zone portuali, ovvero collegati alle vie navigabili, necessitano di apposita concessione per operare.

⁹⁶ G. PERICU, *Voce Porto* (navigazione marittima), in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, Milano, 1985, p. 428, sottolinea infatti che, a prescindere dalle posizioni proprietarie, pubblica o privata, determinati beni immobili adempiono alle funzioni del trasporto marittimo in maniera pressoché identica ai beni appartenenti alle pubbliche amministrazioni.

⁹⁷ Sembra questa la posizione di G. PERICU, *op. ult. cit.*, p. 427, secondo cui la funzione portuale, ammettendo che strutture private non contigue al mare siano egualmente serventi il porto stesso, pone in discussione il tema dell'appartenenza necessaria dei porti allo Stato.

⁹⁸ Cass. civ., Sez. trib., 7 marzo 2012, n. 3528, in *Dir. mar.*, n. 3/2012, pp. 877 ss., legittima la tassa portuale sulle operazioni di imbarco e sbarco della merce che avvengono su un determinato scalo, indipendentemente dalla natura del soggetto che ne è proprietario. Quest'ultimo viene così chiamato a concorrere al sostegno economico delle funzioni pubbliche assicurate dall'Autorità portuale.

Precedenti conformi sono Cass. civ., Sez. trib., 13 giugno 2007, n. 13822 e Cass. civ., Sez. trib., 31 marzo 2006, n. 7651.

⁹⁹ G. VEZZOSO, *La tassa portuale e i porti estesi*, in *Dir. mar.*, n. 3/2012, pp. 878 ss. E così anche la già citata Cass. civ., 13 giugno 2007, n. 13822.

¹⁰⁰ G. VEZZOSO, *op. ult. cit.*, 880-882.

utilizzando l'espressione «*tassa portuale*», ha escluso nel recente passato la necessità della corrispettività delle prestazioni¹⁰¹, confermando così alcuni suoi precedenti¹⁰².

Questa ricostruzione contrasta però con quella proposta dal Consiglio di Stato, il quale riconosce ai tributi in questione la natura di tassa vera e propria, con cui il privato concorre al funzionamento generale del porto, ovvero alle spese di manutenzione, funzionamento e sicurezza, da assicurare in ambito portuale¹⁰³.

In questo frangente, il Collegio ha ritenuto che i prelievi tassati siano da destinare al corretto funzionamento dei servizi di interesse generale elencati dal decreto ministeriale 14 novembre 1994 (comprendente, tra gli altri, servizi di manutenzione, riparazione, illuminazione, pulizia etc).

Ricordando che ai sensi dell'art. 23 comma 5, l. n. 84 del 1994, non modificato né abrogato dal progetto di riforma, le Autorità portuali possono svolgere in via diretta tali mansioni, si potrebbe accogliere con favore e promuovere questa (vecchia) soluzione, il cui sostegno economico verrebbe garantito dal versamento del tributo. I contribuenti beneficerebbero altresì di una prestazione corrispettiva, per l'appunto la resa dei servizi di interesse generale su spazi in cui insistono i propri beni (scali, banchine, magazzini).

Vi sono però degli ostacoli per ammettere questa ipotesi.

Il primo è che l'art. 23, comma 5, l. n. 84 del 1994, ha previsto la gestione diretta dei servizi di interesse generale da parte delle Autorità portuali in luogo delle sopresse Organizzazioni portuali al fine di ricollocare i dipendenti in esubero¹⁰⁴. Dato che il d.lgs. n. 169 del 2016 conferma tale disposizione, se ne deduce che gli esuberanti non siano ancora esauriti e che il problema persista. Per il futuro, però, occorrerebbe una modifica legislativa che consenta questa soluzione, a prescindere dal ricollocamento dei lavoratori.

Il secondo ostacolo si presenta, invece, più impervio. Alle Autorità portuali verrebbe chiesta una prestazione di natura imprenditoriale che precluderebbe l'*outsourcing* dei servizi; l'ipotesi non è in linea con le indicazioni delle istituzioni europee. Potrebbe perciò prospettarsi lo spettro dell'avvio di una procedura di infrazione, stante un assetto normativo atto a scoraggiare l'apertura del mercato portuale.

¹⁰¹ Cass. civ., Sez. trib., 7 marzo 2012, n. 3528, ritiene che l'affermazione per cui il tributo non possa qualificarsi come tassa in mancanza di una controprestazione da parte delle Autorità portuali sia anacronistica. La ricostruzione si basa sul fatto che le vecchie Organizzazioni portuali, antecedenti alla l. n. 84 del 1994, gestivano direttamente i servizi portuali, la cui resa a favore dell'imprenditore era giustificata in luogo del tributo.

¹⁰² Cass. civ., Sez. trib., 13 giugno 2007, n. 13822; Cass. civ., Sez. I, 27 marzo 1997, n. 2721; Cass. civ., Sez. I, 24 aprile 1997, n. 3418.

¹⁰³ Cons. St., Sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6146.

Ammissioni in questo senso, seppur più calmierate, si rinvengono in G. VEZZOSO, *La tassa portuale e i porti estesi*, cit., p. 881, il quale ritiene che i tributi prelevati possano essere utilizzati per l'ammodernamento e la manutenzione delle strutture portuali, non essendo necessario per l'utente ottenere un servizio specifico come controprestazione.

¹⁰⁴ V. nota 57.

In alternativa, è prospettabile una differente soluzione.

Le Autorità portuali potrebbero indire la gara per la scelta del soggetto cui verrà affidato il servizio (di illuminazione, pulizia, di manutenzione e riparazione etc.) sui beni di proprietà privata (banchine e magazzini) all'esterno del porto in senso stretto. Il relativo pagamento sarebbe a loro spese, così da giustificare l'imposizione del tributo. È vero che l'imprenditore dovrebbe tollerare una ulteriore invasione nel godimento e nella fruizione del suo bene, ma nel caso di specie la prospettiva non appare troppo sconveniente poiché, pur non scegliendo il gestore che più lo aggrada, lo stesso risparmierebbe sui costi del servizio e, cosa non da poco, il prestatore verrebbe individuato a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, a garanzia di un'accurata selezione¹⁰⁵.

Dal punto di vista della legittimità dell'azione amministrativa, l'operazione sembra fattibile. Il potere verrebbe esercitato su aree che, pur al di fuori del porto inteso in senso stretto, insistono sulla circoscrizione portuale, ed il cui carattere funzionale alle mansioni svolte dalle Autorità portuali giustificerebbe un intervento di queste ultime¹⁰⁶. Peraltro, vi sarebbero dei benefici anche sotto il profilo concorrenziale, in quanto i servizi andrebbero appaltati (dato che il pagamento verrebbero reso in via diretta dalla parte pubblica e non dagli utenti), con la conseguente applicazione di regole ben più rigorose nella procedura ad evidenza pubblica volta alla scelta del prestatore.

Ma perché ciò sia concretamente realizzabile, sembra opportuna un'apposita previsione legislativa, e la recente riforma rappresenta un'occasione persa.

A questo punto, con la sola intenzione di segnalare una possibile lettura, e pur ammettendo la mancanza di incisivi riscontri in giurisprudenza, si prospetta una nuova problematica.

Da quanto sinora osservato, i beni di proprietà privata situati nella circoscrizione portuale svolgono funzione analoga a quelli pubblici, nel senso che contribuiscono allo sviluppo delle attività esercitate nel porto, e dunque al funzionamento di un bene che, di fatto, rimane comunque destinato ad una funzione pubblica secondo la disciplina del codice civile. Se così è, allora anche gli spazi inclusi nella circoscrizione portuale assolvono ad analoga finalità, benché sopra possano esservi eretti beni privati.

In altre parole, pure a fronte di qualche opinione contraria¹⁰⁷, è lecito interrogarsi sul carattere demaniale di tali spazi in quanto strumentali al rafforzamento del sistema-porto, e per ciò solo potenzialmente esposti ad un controllo pubblicistico, che pur andrebbe coordinato con lo scopo lucrativo

¹⁰⁵ È vero che, secondo la proposta avanzata, l'Autorità portuale dovrebbe sostenere uno sforzo economico non indifferente; ma a fronte del tributo versato dai privati, il compromesso appare equilibrato.

¹⁰⁶ L'intervento pubblico su beni privati che assolvono a funzione di pubblico interesse è questione che trova conferma anche negli insegnamenti della dottrina tradizionale.

Sul tema, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1978, p. 524, riconosce il legittimo esercizio da parte dell'amministrazione di «un potere in rem» sul bene privato che assolve ad una funzione pubblicistica.

¹⁰⁷ M. CASANOVA, *Considerazioni sulla demanialità dei porti*, cit., p. 324.

dell'imprenditore proprietario degli immobili ivi situati. D'altronde, è già stato spiegato che la qualifica demaniale di un bene va resa secondo canoni oggettivi piuttosto che soggettivi¹⁰⁸; e le riflessioni proposte non sarebbero altro che una declinazione di quanto così dedotto.

Pur non rinvenendosi specifiche prese di posizione sul punto in giurisprudenza, un'implicita ammissione sembra rinvenibile in una pronuncia della Corte di cassazione, la quale – seppure in un *obiter dictum* – ha ritenuto che gli approdi privati, funzionali allo sbarco ed all'imbarco della merce, devono essere gestiti in regime di concessione, essendo situati nella rada del porto, e perciò nella circoscrizione portuale¹⁰⁹. L'affidamento in questi termini degli approdi privati si spiegherebbe riconoscendo il carattere pubblicistico (*recints*: demaniale) degli spazi su cui essi sorgono.

In definitiva, l'impressione è che la Corte abbia implicitamente aperto al riconoscimento della natura demaniale delle aree interne alla circoscrizione portuale su cui pure insistono beni di proprietà privata. Del resto, anche la dottrina aveva sottolineato in passato che il carattere di pertinenza degli scali rispetto al porto inteso in senso stretto può essere sintomo della loro natura demaniale¹¹⁰.

Ne nascono ulteriori spunti di riflessione.

Benché vi sia qualche parere contrario in dottrina¹¹¹, recenti pronunce del giudice amministrativo ritengono che la portualità allargata includa anche attività turistiche e culturali (e dunque alberghi, residenze, negozi di abbigliamento)¹¹², ovvero tutto ciò che possa essere utile per riqualificare le zone portuali e gli spazi limitrofi, e perciò anche aspetti diversi da quelli legati al commercio ed al trasporto di cose e persone.

La Commissione europea, una volta esaminata la situazione, potrebbe pretendere l'estensione in queste aree delle vicende concorrenziali riguardanti le altre forme di beni demaniali marittimi, su tutte le spiagge. Come già ricordato, la Corte di giustizia ha negato la compatibilità con il diritto europeo della proroga delle concessioni per gli operatori balneari¹¹³. Il che consente di immaginare una maggiore sensibilità nella tutela della concorrenza, con la fissazione delle scadenze temporali nelle concessioni anche per le aree portuali da riqualificare con strutture turistiche, culturali, commerciali.

Non si vedono, infatti, decisive differenze in termini di scopo lucrativo tra tali attività gestite in una circoscrizione portuale anziché sul lido del mare.

¹⁰⁸ M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, *passim*.

¹⁰⁹ Il riferimento è alla già citata Cass. civ., Sez. trib., 13 giugno 2007, n. 13822, punto 1 della ricostruzione in fatto.

¹¹⁰ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 528, rileva espressamente che le pertinenze dei porti rivestono carattere demaniale.

¹¹¹ E. VOLLI, *op. cit.*, p. 926.

¹¹² In questo senso, si vedano le già citate TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 21 novembre 2014, n. 563 e 15 luglio 2013, n. 400, nonché della stessa sezione anche le pronuncia 17 aprile 2013, n. 236.

¹¹³ Corte giust., Sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15.

Al momento della proposizione dell'offerta per ottenere l'autorizzazione all'esercizio economico, l'operatore economico dovrebbe considerare i limiti temporali della concessione dell'area portuale, con importanti ricadute sulle scelte di politica imprenditoriale. La questione, estremamente delicata, meriterebbe maggiori attenzioni anche a livello legislativo, dato che la riforma se ne disinteressa. Non si hanno certezze sul fatto che il sistema volgerà verso questa direzione, ma pare comunque opportuno prospettare l'evenienza.

7. Osservazioni conclusive

Traendo qualche conclusione da quanto considerato, la prima impressione è che il rapporto tra Autorità portuali e tutela della concorrenza non è stato strutturato in modo ottimale negli ultimi due decenni dal legislatore. Nonostante gli importanti passi avanti rispetto al regime giuridico previgente, la legge del '94 ha delineato un sistema in cui sono ancora presenti troppe contraddizioni rispetto al perseguimento dell'obiettivo indicato. Il che testimonia la definizione da parte del legislatore di un principio di separazione tra attività gestorie ed economiche difettoso, frutto di una scelta compromissoria. Del resto, la versione originaria della riforma portuale appartiene ad un'epoca primordiale nell'attuazione delle politiche filo-concorrenziali europee; non stupisce perciò che vi siano state delle lacune nella loro definizione.

Sorprende semmai di più, in termini negativi, che i successivi tentativi del legislatore di riordinare la materia siano naufragati¹¹⁴, e che il nostro Paese sia incorso negli anni in diverse procedure di infrazione¹¹⁵. Per queste ragioni, il d.lgs. n. 169 del 2016 è apprezzabile, in quanto dovrebbe risolvere contraddizioni importanti, su tutte la qualifica definitiva di ente pubblico non economico delle nuove ASDP che, come spiegato è questione fondamentale per la garanzia dell'equilibrio concorrenziale.

Permangono comunque importanti limiti anche nella nuova disciplina, in particolare con riferimento alla mancata specificazione dei casi in cui è obbligatorio l'utilizzo della procedura ad evidenza pubblica nella concessione (o autorizzazione ad operare) di determinate aree portuali. Significativi dubbi emergono anche sulla possibile traslazione delle problematiche delle spiagge ai porti estesi, come in ultimo evidenziato.

Considerando che molte incertezze sussistono da tempo, era lecito attendersi qualcosa in più dalla riforma.

¹¹⁴ Per i progressi propositi di riforma, si veda E. MUSSO - C. FERRARI, *Verso la riforma portuale*, cit., pp. 991 ss., mentre per un'analisi dell'ultimo tentativo di riordino del 2013 si rinvia a M. CALABRÒ, *La disciplina dei porti in Italia: caratteri, criticità e prospettive*, cit., pp. 99 ss.

¹¹⁵ Per una ricostruzione, C. POZZI, *Le concessioni demaniali marittime: stato dell'arte dopo l'apertura della procedura di infrazione comunitaria*, in *Dir. comunitario e degli scambi internazionali*, cit., pp. 379 ss.



Questa non ha la struttura di un testo unico, come invece è, ad esempio, per i decreti delegati sulle società partecipate o sui servizi pubblici; si limita, invece, a rivisitare alcuni aspetti della legge n. 84, preoccupandosi soprattutto di accorpate alcune Autorità portuali nell'ottica del risparmio della spesa pubblica. Permangono, però, ulteriori ed altrettanto importanti questioni irrisolte, totalmente ignorate dal d.lgs. n. 169.

Il timore è che il legislatore delegato non abbia dedicato piena attenzione alle problematiche sottese a questo ambito, non risolvibili con la modifica di qualche articolo, ma bisognose di una ridefinizione più organica e meno frettolosa.

In definitiva, la recente riforma, benché per alcuni aspetti positiva, presenta importanti lacune sul profilo della tutela dell'equilibrio concorrenziale che lasciano irrisolti diversi dubbi.