

DEMANIO

(NEGOZIO DI DIRITTO PRIVATO SUL)

BIBLIOGRAFIA: Per la bibliografia anteriore al 1990 v. le indicazioni contenute nella voce →DEMANIO (NEGOZIO DI DIRITTO PRIVATO SUL) in Digesto IV, Sez. Disc.-Priv., Torino, 1990.

(A.A.V.V.) COLOMBINI G., NUGNES F., PUCCIARELLI E., BANI E., MARTINI F., DE BARI F., CANEPA A., MARZANO F., GIULIANO F., AZZENA L., MONCERI F., BERTOLINI C., BERTELLI A., MARINAI S. E PASQUALI L., La nozione Flessibile di proprietà pubblica – Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale, *a cura di Colombini G., Giuffrè, Milano, 2009, pag. VIII – 632*; AVANZI S., Il nuovo demanio, *Cedam, Padova, 2000, pag. XX-408*; BUSCEMA A., Patrimonio dello stato e degli enti pubblici, in Digesto pubbl., *Utet, Torino, 1996, vol. XI, 27*; CACCIAVILLANI I., Il nuovo demanio, in Riv. Amm., 2008, 115; CAPUTI JAMBRENGHI V., Beni pubblici [voce aggiornata 2004], in Encicl. Giur. Treccani, *Roma, vol. V.*; CARRATO A., Contratto di locazione o concessione di bene demaniale: disciplina giuridica e conseguenti problemi di giurisdizione (Nota a Cass., sez. un., 28 giugno 2006 n. 14865, Soc. Ind. Autoveicoli Roma c. Com. Roma), in Rass. locazioni, 2006, 145; CASTORINA E. e CHIARA G., Beni pubblici – Art. 822-830, *Giuffrè, Milano, 2008, pag. XIV-420*; CASSESE, I beni pubblici. Circolazione e tutela, *Milano, 1967, passim.*; CENTOFANTI N., I beni pubblici – Tutela amministrativa e giurisdizionale, *Giuffrè, Milano, 2007, pag. XXIII-510*; CERULLI IRELLI V., Uso pubblico, in Encicl. Dir., *Giuffrè, Milano, 1992, vol. XLV, 953*; COLOMBINI G., Demanio e patrimonio dello stato e degli enti pubblici, Digesto pubbl., *Utet, Torino, 1990, vol. V, I*; CORPINO, Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali, *Milano, 1990, passim* e OLIVI, Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi, in Dir. mar. 2004, 2, 365 ss. e id., Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione, *Padova, 2005*; CORREALE G., Patrimonio dello Stato e degli enti pubblici, in Encicl. Giur. Treccani, *Roma, 1990, vol. XXII*; DI LASCIO, Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza, in Riv. Giur. Edil., 2009, I, 831 ss.; DI LASCIO, op. cit., 842, a commento della decisione Tar Lazio, Latina, sez. I, 9 gennaio 2009 n. 12; GIANNINI, I beni pubblici, *Roma, 1963, passim*; GUICCIARDI E., Il demanio, *Cedam, Padova, 1989, pag. XII-454*; LIPORACE “La disponibilità del posto-barca tra azioni possessorie e diritto societario” ed ivi ampi richiami di dottrina e giurisprudenza in materia; LOLLI A., Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico, in Dir. Ammin., 1996, 51; MARCHIAFAVA G., In tema di qualificazione del rapporto tra concessionario e terzi sul godimento dei beni demaniali (Nota a Cass., sez. III, 26 aprile 2000, n. 5346, Soc. Sarti c. Soc. Mercafir), in Dir. Trasporti, 2001, 157; MATTEI,

REVIGLIO, RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, passim.; MAURA A., *Concessione di bene demaniale: diritto o pubblico?* (Nota a Cass. Sez. III, 11 febbraio 2005 n. 2852. Soc. ditta Cotroneo c. Soc. Aeroporti Roma) in *Immobili & dir.*, 2006, fasc. 7, 50; MONTEDORO G. Beni pubblici e dismissioni, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 510; OLIVI M., Beni pubblici, in *Il diritto - Encicl. giur. Milano*, 2007, vol. II, 501; RENNA M., *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in *Dir. economia*, 2009, 11; RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004; REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Pol. Dir.*, 2008, 3, 531 ss.; ROTA A., *I beni demaniali dopo le riforme. Proprietà del bene e titolarità della funzione*, Cedam, Padova, 2007, pag. X-136; A. SANDULLI, Beni pubblici, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 291; SANTORO P. e SANTORO E., *Nuovi strumenti contrattuali per la gestione e valorizzazione del patrimonio pubblico*, in *Riv. trim. appalti*, 2006, 589; TONOLETTI B., Beni pubblici e concessioni, Cedam, Padova, 2008, pag. XXVI-478; TRANQUILLI LEALI, op.cit., passim e spec., con riferimento ai profili gestori, 223 ss.; TRANQUILLI LEANI, *Porti turistici. Strutture e funzioni*, Milano, 1996, spec. 243 ss. ed ivi ampi richiami di dottrina e giurisprudenza in argomento.

LEGISLAZIONE: Artt. 42 e 117 cost.; artt. 822-830, 1322, 2643-2645, 2808, 2810 c.c.; artt. 28-55, 692 ss. cod. nav.; art. 30 d.p.r. 15.2.1952 n. 328 reg. cod. nav.

SOMMARIO: 1. Premessa. La proprietà pubblica e l'evoluzione dell'ordinamento. La nozione di negozio di diritto privato sul demanio. - 2. Lo statuto del demanio tra fruizione collettiva ed efficienza economica. - 3. Attribuzione a privati di diritti sui beni pubblici e ordinamento comunitario. - 4. Lo statuto del concessionario demaniale. - 5. Le vicende della concessione demaniale. - 6. (Segue) Il sub-ingresso nella concessione. - 7. (Segue) La sub-concessione: aspetti pubblicistici e di diritto privato. - 8. I negozi di diritto privato del concessionario e le loro vicende. - 9. (Segue) Gli approdi turistici. - 10. (Segue) La tutela giurisdizionale.

* * *

1. Premessa: la proprietà pubblica e l'evoluzione dell'ordinamento. La nozione di negozio di diritto privato sul demanio.

Il nuovo contesto socio-economico che si è andato delineando negli ultimi decenni ha sollecitato – tra l'altro – una riflessione sulla funzione e sull'utilizzo dei beni pubblici che ha orientato il legislatore ad innovare le modalità di amministrazione del patrimonio

dello Stato (e degli enti pubblici in generale) al fine di migliorarne efficienza e soprattutto redditività.

Si è così passati da una amministrazione “statica”, rivelatasi costosa, inefficiente e per nulla redditizia, ad una amministrazione “dinamica” funzionale ad inserire i beni pubblici nell’ambito di processi economici tendenzialmente idonei a generare risorse finanziarie a vantaggio della finanza pubblica.

Si tratta di un fenomeno complesso, al quale non è estranea la riforma del Titolo V della Costituzione, avvenuta nel 2001, che ha innovato in tema di competenze legislative ed amministrative anche in materia di gestione dei beni pubblici, che qui può essere solo accennato per il rilievo che assume in ordine alla nuova possibilità offerta ai privati di svolgere attività imprenditoriali che coinvolgono beni pubblici a fronte di una adeguata redditività conseguente alla concessione di essi da parte di soggetti pubblici ai quali tali beni appartengono.

Particolarmente significativa è stata, in questo contesto, la vicenda relativa ai canoni delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative e per la nautica da diporto che sono stati interessati da plurimi interventi del legislatore al fine di adeguarne la misura alle nuove forme di utilizzo nella prospettiva di assicurare una adeguata remunerazione all’uso esclusivo del bene pubblico¹.

Ma anche altre vicende testimoniano il nuovo approccio del legislatore al tema della titolarità e fruizione dei beni pubblici in un contesto di amministrazione attiva di essi: per la valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello Stato, ad esempio, è stata costituita (con legge n. 112 del 2002) una società per azioni, denominata “Patrimonio dello Stato spa”, alla quale possono essere trasferiti diritti pieni o parziali sui beni immobili facenti parte sia del demanio che del patrimonio disponibile e indisponibile dello Stato. Ancora, è stata istituita l’Agenzia del Demanio per l’amministrazione dei beni demaniali al fine di ottimizzare la gestione secondo logiche produttive di reddito.

In questa nuova prospettiva la disciplina in tema di titolarità e circolazione dei beni pubblici, fondata sulle disposizioni del codice civile (artt. 822-831 c.c.) che hanno contenuto classificatorio più che definitorio della natura e funzione dei beni considerati,

¹ Particolarmente significativa è la disciplina contenuta nell’art. 1, comma 252, della L. n. 296 del 2006, Legge Finanziaria 2007, relativa ai canoni per le concessioni con finalità turistico-ricreative e per nautica da diporto, sulla quale v. anche la delibera della Corte dei Conti – Sezione Centrale di Controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, n. 29-2008-G del 19 dicembre 2008 e la relativa Relazione in tema di riscossione dei canoni nelle concessioni del demanio marittimo. In argomento v. altresì CORPINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili sostanziali*, Milano, 1990, *passim* e OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. mar.* 2004, 2, 365 ss. e *id.*, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005; RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004.

Recentemente, per una efficace sintesi delle questioni sottese all’evoluzione della disciplina del demanio v. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2009, I, 831 ss..

risulta ormai inadeguata a rappresentare un efficace sistema normativo coerente con il nuovo contesto socio-economico².

Del resto, pur essendo incontestabile il rilievo che la Carta Costituzionale non detta specifiche regole in tema di proprietà pubblica (che peraltro presuppone, distinguendola da quella privata: art. 42 Cost.), non può disconoscersi l'emersione, anche a livello costituzionale, di istanze di tutela di forme di fruizione collettiva di beni pubblici che impongono un nuovo approccio al tema della gestione di essi.

L'esigenza di una revisione della disciplina generale dei beni pubblici, ancora, è testimoniata dalla istituzione del 2007 di una apposita commissione per la riforma delle norme del codice civile in materia³.

Anche l'ordinamento comunitario influenza, sotto determinati profili ai quali si farà cenno nel prosieguo (infra sub § 3), il tema dell'utilizzazione per scopi imprenditoriali dei beni pubblici.

E' quindi in questo complessivo contesto in evoluzione che deve essere inserito il profilo, qui indagato, relativo ai negozi di diritto privato che si ricollegano ad un bene demaniale.

In proposito, è noto che la natura giuridica dei beni pubblici, ed in particolare di quelli demaniali, non consente che il bene demaniale possa essere oggetto *in sé* di negozi di diritto privato, ma soltanto di rapporti giuridici il cui sostrato è sempre (in modo più o meno accentuato) pubblicistico. E' un principio codificato dall'art. 823 c.c..

Con l'espressione "negozio di diritto privato sul demanio", pertanto, si intende che *oggetto* del negozio di diritto privato non è il bene demaniale nella sua materialità (poiché tale negozio sarebbe radicalmente nullo, essendo il bene *res extra-commercium*), ma i diritti che alcuni soggetti, per effetto di idonei provvedimenti amministrativi, di regola concessioni, possono vantare relativamente al bene demaniale.

Infatti, è ben possibile che con riferimento ad un bene demaniale interagiscano, sia pure su piani diversi, rapporti di natura pubblicistica e rapporti di natura privatistica.

² Emblematica della nuova prospettiva di approccio alla tematica della appartenenza e della fruizione dei beni pubblici è la recentissima pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 3665 del 14 febbraio 2011, che sottolinea la necessità di superare i profili che attengono alla mera individuazione della titolarità dei beni dovendosi invece privilegiare la funzione assegnata a tali beni ed i relativi interessi che ad essi sono collegati. La menzionata pronuncia propone una lettura costituzionalmente orientata dell'intera normativa in tema di beni pubblici, sottolineando la necessità di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica, nell'ambito della quale l'aspetto della demanialità risulterebbe comunque recessivo a fronte di quello della funzionalità del bene rispetto ad interessi della collettività.

Il carattere fortemente innovativo della citata decisione suggerisce peraltro un necessario approfondimento delle argomentazioni sviluppate a sostegno della pronuncia, che esula dalle finalità del presente scritto.

³ La Commissione ha terminato i propri lavori ad inizio 2008 ed i relativi lavori sono consultabili in MATTEI, REVIGLIO, RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, *passim*. In argomento v. anche REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Pol. Dir.*, 2008, 3, 531 ss..

Ma anche in quella ipotesi vige la regola che il bene demaniale è, nella sua materialità, oggetto soltanto di rapporti pubblicistici. In altri termini, il rapporto che intercorre fra l'Amministrazione pubblica preposta alla gestione del bene demaniale ed i soggetti che detale bene sono autorizzati a fare uso particolare è sempre di natura pubblicistica.

Su questo rapporto pubblicistico fondamentale possono poi innestarsi altri rapporti giuridici, anche di natura privatistica, che sono comunque dipendenti (e condizionati) dal rapporto fondamentale.

A questi ultimi rapporti si riferisce la qualificazione di negozi di diritto privato sul demanio, che si contrappongono ai rapporti - di natura pubblicistica - che intercorrono fra la P.A. ed i titolari di diritti di particolare utilizzazione del bene demaniale.

2. *Lo statuto del demanio tra fruizione collettiva ed efficienza economica.*

Le principali e peculiari caratteristiche dei beni demaniali sono *l'inalienabilità, l'imprescrittibilità e l'inespropriabilità.*

Quanto alla prima, essa discende direttamente ed esplicitamente dal dettato dell'art. 823 c.c..

La seconda caratteristica, *l'imprescrittibilità*, deriva dalla *inefficacia* (anche ai fini della usucapione) che l'art. 1145 c.c. sanziona relativamente al possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà. *L'inespropriabilità* dei beni demaniali concerne tanto l'esecuzione forzata, quanto la espropriazione per pubblica utilità, poiché l'autorità giudiziaria o quella amministrativa non potrebbero sottrarre alla loro funzione e alla loro appartenenza quei beni che il legislatore ha inteso legale indissolubilmente ad un determinato interesse pubblico⁴.

La particolare configurazione dei beni demaniali incide anche sulle utilizzazioni che di essi possono essere effettuate da parte dei soggetti dell'ordinamento diversi dalla P.A. al quale il bene è affidato.

Secondo la concezione tradizionale, relativamente ai beni demaniali sarebbero configurabili tre diverse categorie di uso: *l'uso comune, l'uso speciale, e l'uso eccezionale.*

Il primo consisterebbe nell'uso, conforme alla destinazione del bene, che tutti sono abilitati a fare senza necessità di alcuna forma di autorizzazione (ad esempio il transito sulle strade pubbliche). Il secondo, qualificato uso speciale, sarebbe anch'esso conforme alla destinazione primaria del bene demaniale, e di differenzierebbe dal primo perché per il suo esercizio è necessario un particolare atto permissivo.

Il terzo, qualificato uso eccezionale, sarebbe invece non conforme alla destinazione del bene e presupporrebbe la sottrazione del bene all'uso comune per assegnarlo nella

⁴ Sul punto v. ampiamente A. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 291; GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, *passim*; CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1967, *passim*.

disponibilità di determinati soggetti, attraverso un provvedimento amministrativo costitutivo di facoltà originariamente estranee alla sfera giuridica dell'utilizzazione (concessione amministrativa, ad esempio di derivazione di acqua pubblica ai fini di irrigazione).

Tale concessione amministrativa dell'uso eccezionale del bene demaniale, in quanto ha l'effetto di far sorgere nel privato una facoltà del tutto nuova e per di più diversa da quella spettante alla P.A. concedente è ritenuta costitutiva di diritti di carattere privato, che ben possono farsi rientrare nella categoria dei diritti reali di godimento su cose altrui.

Come in precedenza si è accennato, peraltro, una nuova lettura del complessivo fenomeno della appartenenza e della fruizione dei beni pubblici propone di guardare ad essi oltre all'aspetto prettamente patrimoniale – proprietario per focalizzarne la relativa funzione e gli interessi che sono collegati a tali beni.

In altri termini la titolarità in capo allo Stato o agli altri enti territoriali di un bene demaniale non è fine a sé stessa e non rileva solo sul piano proprietario, ma comporta per l'ente titolare gli oneri di una *governance* che rende effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene⁵.

In questa prospettiva si percepisce appieno la rilevanza che oggi viene attribuita alla gestione patrimoniale dei beni pubblici secondo i principi di economicità che possono anche determinare la loro immissione sul mercato (ad esempio attraverso l'alienazione ovvero operazioni di cartolarizzazione).

I beni pubblici, quindi, comprensivi del demanio sono oggi considerati una risorsa destinata alla collettività, rispetto alla quale le tradizionali forme di utilizzazione statica alle quali in precedenza si è fatto cenno risultano ormai inadeguate.

3. *Attribuzione a privati di diritti sui beni pubblici e ordinamento comunitario.*

Anche le modalità di attribuzione a privati di diritti sui beni pubblici sono risultate influenzate dal nuovo contesto in cui tali beni, nella misura in cui abbiano rilevanza economica, non sono ritenuti suscettibili di essere sottratti alle regole del mercato, ogni volta che rispetto ad essi vengano attribuiti particolari diritti di godimento in esclusiva a soggetti privati.

In questo senso è esemplare la vicenda delle concessioni del demanio marittimo, rispetto alle quali i meccanismi di pubblicità delle istanze di attribuzione di diritti di godimento previsti nel Codice della Navigazione e nel relativo Regolamento di attuazione non sono più considerati coerenti con le esigenze di trasparenza e concorrenza che debbono presidiare il mercato⁶.

⁵ Queste considerazioni sono ampiamente sviluppate nella sentenza *Cass. Sez. Un.*, 14 febbraio 2011 n. 3665, allo stato inedita, alla quale si è già fatto riferimento *supra sub* nota 3.

⁶ Significativa dell'interpretazione comunitaria del tema della concessione di beni pubblici e, ad esempio, la sentenza della Corte di Giustizia CE 25 ottobre 2007, C-174/06, Ministero delle Finanze, nella quale la

A questo proposito la Commissione Europea con comunicazione del 12 aprile 2000 ha avuto modo di rilevare che rispetto alla concessione di beni pubblici, ivi compreso il demanio marittimo, è indifferente, a livello comunitario, la qualificazione che ciascuno Stato membro assegna al rapporto (in termini pubblicistici, ovvero privatistici) essendo per converso rilevante che con la concessione si attribuisce una occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato.

Con particolare riferimento alla concessione di beni del demanio marittimo finalizzate alla realizzazione di infrastrutture per la nautica da diporto, di conseguenza, sia la Corte dei Conti che il Consiglio di Stato hanno da tempo consolidato il principio secondo il quale il godimento di tali beni pubblici per scopi lucrativi non può che essere attribuito all'esito di una procedura trasparente, concorrenziale e adeguatamente pubblicizzata in sintonia con i principi comunitari in materia, dei quali in precedenza si è detto⁷.

Il mancato adeguamento normativo ai richiamati principi ha determinato l'apertura nei confronti del nostro Paese di una procedura di infrazione da parte dei competenti organi comunitari e la stessa Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di talune leggi regionali che introducevano un diritto di proroga in favore dei soggetti già titolari di concessioni di beni del demanio marittimo, consentendo il rinnovo automatico di esse, ha recentemente avuto modo di sottolineare che tali iniziative legislative determinano un'ingiustificata compressione dell'assetto concorrenziale del mercato della gestione del demanio marittimo, impedendo l'accesso di altri potenziali operatori economici e ponendo barriere all'ingresso al mercato tali da alterare la concorrenza tra imprenditori⁸.

Si riconferma quindi, anche nella prospettiva comunitaria e costituzionale, il rilievo della funzione economica dei beni pubblici e della loro attitudine a costituire di per sé un mercato rilevante ai fini della tutela della concorrenza.

4. *Lo Statuto del concessionario demaniale.*

Caratteristica peculiare dell'uso eccezionale del bene demaniale è che esso attribuisce al

concessione ad occupare una zona del demanio marittimo assentita da un ente portuale è stata assimilata, sotto il profilo fiscale, alla locazione di immobili.

⁷ In particolare, rileva la deliberazione della Corte dei Conti, Sez. Contr. Stato, 13 maggio 2005 n. 5, secondo la quale le concessioni di beni pubblici sono da sottoporre ai principi di evidenza pubblica che impongono l'espletamento di gara formale anche in presenza di una sola domanda, sul presupposto che con la concessione di area demaniale marittima si consente a soggetti operanti sul mercato una possibilità di lucro, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai principi di trasparenza e di non discriminazione.

Nello stesso senso, con specifico riferimento alla necessaria applicazione dei principi del Trattato Europeo che impongono forme di pubblicità adeguate al fine di attivare procedure competitive v. *Cons. Stato.*, sez VI, 30 gennaio 2007, n. 362, in *Foro Amm.-CDS*, 2007, 1, 226.

⁸ Cfr. *Corte Cost.*, 20 maggio 2010 n. 180, riferita ad una legge della Regione Emilia Romagna che prevedeva un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione demaniale marittima, consentendo il rinnovo automatico della medesima. Nello stesso senso *Corte Cost.*, 26 novembre 2010 n. 340, con riferimento ad una analoga previsione legislativa della Regione Toscana.

beneficiano del provvedimento amministrativo che tale uso consente (generalmente, come si è visto, costituito da una concessione) diritti che si attecchiscono diversamente a seconda dei soggetti nei cui confronti tali diritti si esplicano. I diritti che derivano al concessionario in uso eccezionale del bene demaniale dal provvedimento concessorio, infatti, si configurano quali diritti soggettivi assoluti nei confronti della generalità dei soggetti giuridici, mentre degradano a diritti affievoliti nei confronti della P.A. concedente.

Ed invero la P.A. concedente conserva sempre la facoltà di incidere unilateralmente sui diritti del concessionario attraverso la revoca della concessione (per sopravvenute esigenze di pubblico interesse) ovvero la declaratoria di decadenza della concessione (a causa di inadempimenti da parte del concessionario).

Per quanto concerne poi i rapporti tra il concessionario ed i terzi, si è già detto che i diritti del primo si configurano come diritti soggettivi (assoluti) per i quali è ammessa tutela davanti all'autorità giudiziaria ordinaria (in particolare è ammessa la tutela possessoria, come emerge chiaramente dalla disposizione dell'art. 1145 c.c.).

Questa duplice configurazione della posizione giuridica soggettiva del concessionario di beni demaniali (piena nei confronti della collettività, affievolita nei confronti della P.A. concedente) permane anche nell'ipotesi in cui il rapporto concessorio sia stato instaurato non attraverso il tipico provvedimento amministrativo costitutivo (concessione), bensì mediante la stipulazione di un contratto accessivo al provvedimento concessorio (cosiddetta concessione-contratto) in virtù del quale anche la P.A. concedente assume obbligazioni diverse da quella tipica della consegna del bene demaniale nel godimento del concessionario.

Ai diritti spettanti al concessionario, come già si è enunciato, viene comunemente riconosciuta natura privata.

Si discute, poi, se tali diritti abbiano natura reale o meno.

In linea generale si ritiene che l'inalienabilità e la non usucapibilità dei beni demaniali non costituiscono ostacolo alla costituzione – mediante concessione – di diritti personali o reali sugli stessi, dovendosi peraltro precisare che in tal caso oggetto di tali diritti non può essere il bene demaniale nella sua materialità ma (soltanto) il complesso dei diritti che la P.A. concedente consente al privato di esercitare sullo stesso⁹.

I diritti assistiti in capo al concessionario possono a loro volta essere assimilabili a quelli personali di godimento ovvero assumere la consistenza di diritti reali, a seconda delle circostanze del caso concreto.

⁹ Precisa in proposito *Cass.*, 9 marzo 2004 n. 4769, che *“l'inalienabilità e la non usucapibilità dei beni demaniali non impediscono affatto che si possano legittimamente costituire, in virtù di concessione, diritti di natura personale e/o reale sugli stessi, beninteso nel senso che oggetto di tali diritti non è il bene demaniale nella sua materialità, ma i diritti che la P.A. consente di esercitare sullo stesso con l'atto di concessione”*. Il principio, per la verità, risulta affermato in molteplici pronunce, anche a sezioni unite, che non esitano a qualificare in termini di diritto di superficie il diritto del concessionario di erigere costruzioni sul demanio qualora il titolo lo consenta: cfr. *Cass. Sez. Un.*, 13 febbraio 1997 n. 1324.

Si tratta quindi di una indagine che deve essere effettuata caso per caso, attraverso l'interpretazione dell'atto concessorio al fine di verificare la consistenza dei diritti assentiti al privato¹⁰.

Così, ad esempio, in tema di demanio marittimo ove un privato, previa rituale autorizzazione, abbia realizzato una costruzione si ritiene che – in assenza di una espressa regola contenuta nel codice della navigazione – operino le norme del codice civile (richiamate dall'art. 1 cod. nav.) e si possa conseguentemente affermare che sia stato costituito un diritto reale assimilabile al diritto di superficie, ove in tal senso conduca l'interpretazione del titolo concessorio.

Particolarmente significativa, ai fini della qualificazione dei diritti assentiti al concessionario, risulta la disciplina relativa alla destinazione delle opere da questi realizzate sul demanio alla scadenza della concessione: se ne è prevista l'acquisizione in tale momento, ne deriva che – perdurante la concessione – le opere realizzate appartengono al privato, sia pure in proprietà superficaria soggetta alle vicende della concessione.

Anche la previsione della ipotecabilità, con l'assenso della P.A. concedente, delle opere realizzate dal concessionario depone in favore della natura reale dei diritti che rispetto ad esse può vantare il concessionario nei confronti dei terzi (cfr. art. 41 cod. nav.).

Ancor più significativa è l'ipotesi, considerata agli artt. 46 cod. nav. e 30 del relativo regolamento, di vendita delle opere realizzate dal concessionario sul demanio o di sottoposizione ad esecuzione forzata delle stesse. In questi casi la P.A. concedente ha la facoltà di autorizzare l'acquirente o l'aggiudicatario a subentrare nella concessione, ovvero di applicare le disposizioni sulla decadenza (nell'ipotesi di vendita) o sulla revoca (in caso di esecuzione forzata).

L'espressa previsione della vendita da parte del concessionario delle opere e impianti realizzati sul demanio (o la loro sottoposizione ad esecuzione forzata) rende manifesta la possibilità, considerata dal legislatore, che il concessionario possa essere titolare di diritti reali (assimilabili al diritto di superficie di cui all'art. 952 cod. civ.) rispetto a ciò che ha costruito sul demanio, ferma restando la temporaneità di tali diritti che sono inscindibilmente collegati alla concessione e seguono necessariamente la sorte di essa (scadenza, decadenza o revoca).

¹⁰ In questo senso v. *Cass.*, 4 maggio 1998 n. 4402, secondo la quale la previsione della facoltà per il concessionario di costituire ipoteca sulle opere costruite sui beni demaniali oggetto di concessione è sintomatica della costituzione di un diritto di superficie, posto che normalmente l'ipoteca volontaria può essere concessa soltanto dal proprietario del bene che ne forma l'oggetto. Sempre secondo la menzionata decisione la previsione dell'acquisto da parte dello Stato, al momento della cessazione del rapporto di concessione, della proprietà delle opere costruite dal concessionario ricalca la regola contenuta nell'art. 953 cod.civ. in tema di diritto di superficie e riconferma la qualificazione in tali termini del diritto del concessionario sulla costruzione eretta sul demanio.

Sottolinea la circostanza che il provvedimento di concessione *ad aedificandum* su un'area demaniale può in astratto determinare la costituzione sia di un diritto di natura reale sul bene, riconducibile alla proprietà superficaria, sia un diritto di natura personale *Cass. Sez. Un.*, 16 febbraio 2009 n. 3692.

Senza indugiare oltre nella casistica, il dato che emerge con nettezza anche dall'esame della giurisprudenza in materia è univocamente nel senso che la natura demaniale del bene non costituisce ostacolo né alla costituzione in favore di privati di diritti reali o personali che abbiano ad oggetto la funzione del bene demaniale, né, di conseguenza, alla circolazione tra privati di tali diritti¹¹.

5. *Le vicende della concessione demaniale.*

Le vicende della concessione demaniale possono riguardare il lato soggettivo, in quanto riferite alla sfera del concessionario, ovvero quello oggettivo, con riferimento alle facoltà assentite in capo al concessionario.

Quanto al primo profilo è noto che, in linea generale, il concessionario deve esercitare direttamente le facoltà attribuitegli dalla concessione, poiché così dispone l'art. 30 Reg. Nav. Mar. con riferimento alle concessioni demaniali marittime, ma il principio è estensibile a tutte le concessioni di beni demaniali.

Diverse vicende possono peraltro interessare il concessionario: la morte, se persona fisica, l'estinzione o la modificazione del soggetto persona giuridica.

Deve poi aggiungersi la possibilità, ricorrendo determinati presupposti, di cessione di una parte delle attività assentite con la concessione.

Queste vicende presuppongono un intervento del concedente volto a consentire la modificazione dell'assetto del rapporto concessorio.

Accanto a queste ipotesi si rinvencono, sempre più frequentemente, situazioni nelle quali gli atti di disposizione del concessionario, pur presupponendo la concessione, non riguardano il rapporto concessorio in sé, ma si muovono interamente nell'ambito dell'autonomia privata e si riconnettono ad atti negoziali posti in essere dal concessionario con i terzi.

Alcune norme, anche in questo caso riferite al demanio marittimo, consentono di enucleare principi applicabili alle diverse vicende alle quali si è fatto cenno in precedenza.

6. *(segue) Il sub-ingresso nella concessione.*

Il rapporto nascente dal provvedimento concessorio si muove su due piani giuridici ben distinti: da un lato quello, sostanzialmente pubblicistico, che vede come protagonisti il

¹¹ Esplicitamente nel senso del testo v. *Cass.*, 9 marzo 2004 n. 4769, *cit.*; secondo una più recente pronuncia il diritto del concessionario di uno stabilimento balneare, il quale abbia ricevuto, nell'ambito della concessione demaniale, anche la facoltà di costruire e mantenere sulla spiaggia una costruzione, integra una vera e propria proprietà superficiale, sia pure avente natura temporanea, con la conseguenza che la proprietà della costruzione può essere alienata, separatamente dalla proprietà del suolo, senza che sia di ostacolo la natura demaniale del bene gravato della nuova costruzione: cfr. *Cass.*, 26 gennaio 2007 n. 1718.

concessionario e la P.A. concedente; dall'altro quello esclusivamente privatistico, in cui si muovono i rapporti fra il concessionario ed i terzi.

In questo ambito le vicende del rapporto concessorio possono dar luogo a fattispecie che assumono contorni ora pubblicistici, ora privatistici.

Sul versante pubblicistico, relativo ai rapporti fra il concessionario e la P.A. concedente, possono incidere vicende che attengono alla persistenza ed alla caducazione del rapporto concessorio ovvero che pertengono ai soggetti del rapporto, ed in particolare può intervenire un mutamento del concessionario, attraverso la *cessione della concessione* ad un terzo.

In tale ipotesi, generalmente definita *sub-ingresso* nella concessione, si realizza un fenomeno di successione nella complessa posizione giuridica del concessionario da parte di un altro soggetto, che ne prende il posto ed è come tale soggetto alla disciplina originaria del rapporto concessorio¹².

Affinché possa realizzarsi il fenomeno del sub-ingresso nella concessione è peraltro necessario il consenso della P.A., la quale può opporsi - per motivate ragioni - alla cessione della concessione ed impedire pertanto che il rapporto pubblicistico si trasferisca in capo al terzo concessionario.

Tale rapporto rimane bilaterale, nel senso che, avvenuta la cessione della concessione con l'assenso della P.A., tutte le obbligazioni già incombenti sull'originario concessionario si trasferiscono sul cessionario, con liberazione del primo.

Si ha quindi una successione a titolo particolare nella posizione giuridica del concessionario, intervenuta con l'assenso della P.A. concedente senza peraltro che si dia luogo ad una novazione soggettiva del rapporto concessorio.

Il fenomeno della cessione della concessione (o sub-ingresso nella stessa) si muove comunque sul piano del diritto pubblico, in quanto incide sul rapporto (pubblicistico, appunto), che intercorre fra la P.A. e l'originario concessionario.

L'ipotesi del sub-ingresso è positivamente disciplinata, come già si è evidenziato, dal Codice della Navigazione con riferimento alle concessioni demaniali marittime ed a quelle dei beni del demanio aeronautico (rispettivamente artt. 46 c.n. e 30 Reg. e 695, 703 c.n.), ma deve ritenersi ammissibile, in via generale, un sub-ingresso in tutte le concessioni di beni demaniali.

Ammessa, quindi, la possibilità, previo assenso dell'amministrazione concedente, della sostituzione soggettiva del concessionario mediante il sub-ingresso si pongono peraltro delicate questioni in ordine alle modalità attraverso le quali può operare tale sostituzione.

Più precisamente ci si interroga sulla necessità o meno di esperimento di una procedura

¹² Sulla natura e sugli effetti della cessione della concessione v. *Cass.*, 29 maggio 1982 n. 3324 in *Giur. it.*, 1983, 1, 965 ss.. Sulla disciplina del sub-ingresso v. altresì TRANQUILLI LEANI, *Porti turistici. Strutture e funzioni*, Milano, 1996, spec. 243 ss. ed *ivi* ampi richiami di dottrina e giurisprudenza in argomento.

di evidenza pubblica ai fini del rilascio della autorizzazione al sub-ingresso.

Il punto è assai controverso, rinvenendosi disparità di opinioni sia in dottrina che in giurisprudenza.

In proposito si è osservato che il mutamento soggettivo del concessionario potrebbe essere suscettibile di stimolare interessi concorrenziali di più operatori con conseguente necessità di applicare, anche in questo caso, i principi, di derivazione comunitaria, di trasparenza e non-discriminazione¹³.

In realtà sembrerebbe opportuno distinguere le diverse fattispecie che si possono verificare, poiché, accanto a situazioni nelle quali il subentro di un nuovo soggetto concessionario è determinato da fatti oggettivi, non dipendenti dalla volontà dell'originario concessionario (morte ed estinzione del soggetto), ve ne sono altre nelle quali è invece un atto di volontà del concessionario a determinare la vicenda successoria (cessione dell'azienda, fusioni o scissioni societarie, e così via).

Nella prima ipotesi la vicenda sostitutiva del concessionario potrebbe avvenire senza necessità di una gara, anche perché il caso è disciplinato esplicitamente in tema di demanio marittimo ove, se non sussistono motivate ragioni in contrario, è assicurato agli eredi il subentro nella concessione.

Nella diversa ipotesi di una dismissione volontaria della concessione non sembrano invece sussistere ragioni che possano privilegiare la scelta del proprio successore da parte del concessionario rispetto a quelle che favoriscono l'ingresso (meglio, il sub-ingresso) in esito ad una procedura concorrenziale.

Particolarmente complessa è, poi, l'ipotesi in cui il concessionario fallisca e si debba disciplinare l'eventuale sub-ingresso del cessionario dei beni del fallito (ad esempio in esito ad un concordato fallimentare).

Recenti esperienze hanno formato oggetto di pronunce giurisdizionali che, tenuto conto della peculiarità della singola fattispecie, hanno ritenuto legittimo il sub-ingresso del cessionario dei beni del fallito¹⁴.

Non vi è dubbio, peraltro, che nell'attuale contesto della utilizzazione dei beni pubblici che in precedenza è stato tratteggiato l'esigenza di aprire alla concorrenza anche le ipotesi di sostituzione soggettiva del concessionario saranno destinate a prevalere, almeno nell'ambito di fenomeni successori determinati dalla mera volontà del concessionario.

¹³ In questo senso v. DI LASCIO, *op. cit.*, 842, a commento della decisione *Tar Lazio*, Latina, sez. I, 9 gennaio 2009 n. 12.

¹⁴ Il Consiglio di Stato ha recentemente condiviso l'indirizzo interpretativo secondo cui la fattispecie del fallimento del concessionario va analogicamente ricondotta al secondo comma dell'art. 46 cod. nav. che prevede la possibilità di subentro da parte dell'acquirente o dell'aggiudicatario della vendita forzata delle opere, prescindere da ogni iniziativa del precedente concessionario, precisando ulteriormente che il soggetto che abbia conseguito in sede di concordato la proprietà delle opere interessate dalla concessione è legittimato a chiedere l'autorizzazione al sub-ingresso, indipendentemente dalla manifestazione di volontà del fallito: cfr. *Cons. Stato*, Sez. VI, 15 novembre 2005 n. 6370.

7. (Segue) La sub-concessione: aspetti pubblicistici e di diritto privato.

Del tutto diversa dal sub-ingresso è la vicenda relativa agli atti del concessionario del bene demaniale con i quali quest'ultimo attribuisce ad altri facoltà e/o diritti che conseguono all'atto concessorio.

Sino ad una ventina di anni fa queste vicende circolatorie di una parte dei diritti e delle facoltà spettanti al concessionario demaniale, ampiamente utilizzati dalla prassi, venivano ascritte alla categoria delle sub-concessioni, intendendosi con essa un sub-rapporto posto in essere dal concessionario con terzi, ma non erano positivamente disciplinate dal legislatore.

Non si dubitava, tuttavia, della astratta legittimità di queste vicende circolatorie, ma si metteva in luce che rispetto ad esse l'amministrazione concedente rimaneva del tutto estranea fermo restando che ove quest'ultima ne ravvisasse l'incompatibilità con gli obblighi di gestione diretta della concessione, poteva esercitare i conseguenti diritti di auto-tutela determinando la decadenza della concessione, come poteva desumersi dall'art. 47 lett. e) cod. nav. che appunto legittimava la decadenza del concessionario per abusiva sostituzione di altri nel godimento della concessione.

Per la verità la situazione non era chiarissima, in quanto non erano ignote ipotesi in cui una legge-provvedimento ovvero lo stesso atto concessorio consentivano la sub-concessione ed ancora ipotesi in cui, pur nel silenzio dell'atto concessorio, le amministrazioni consentivano forme di sub-concessione.

In questa prospettiva si ponevano numerose questioni specialmente in ordine alla qualificazione di tali sub-rapporti, ascritti talvolta all'ambito del diritto pubblico e più spesso invece all'ambito del diritto privato.

Più precisamente si riteneva tendenzialmente che ove l'amministrazione concedente risultasse coinvolta nella vicenda, in quanto aveva assentito la sub-concessione, il rapporto era tendenzialmente di natura pubblicistica, mentre dall'estraneità dell'amministrazione concedente alla vicenda si desumeva l'ascrivibilità del sub-rapporto al solo ambito privatistico.

E in quest'ultima prospettiva non si dubitava della legittimità degli atti dispositivi del concessionario nei confronti di terzi, né conseguentemente della loro validità, sottolineandosi peraltro da un lato la dipendenza della efficacia del sub-rapporto dal rapporto principale concessorio e dall'altro il già richiamato potere di auto-tutela dell'amministrazione in termini di decadenza della concessione.

In altri termini il rapporto di sub-concessione, in quanto riferito ai diritti soggettivi perfetti che il concessionario poteva vantare nei confronti dei terzi, era ritenuto possibile e lecito, ma non opponibile all'amministrazione concedente rispetto alla quale il concessionario non poteva vantare che un diritto affievolito.

Nei rapporti tra i privati, dunque, la sub-concessione di diritti attribuiti al concessionario sul bene demaniale costituiva fonte di valida obbligazione e così nella casistica

giurisprudenziale ricorrevano ipotesi di cessione di beni appartenenti al concessionario in regime di diritto superficario, affitti di azienda, locazioni di immobili e così via.

In questo quadro piuttosto complesso in cui si collocavano gli atti di disposizione del concessionario in favore di terzi, generalmente indicati quali sub-concessioni, è intervenuta una significativa innovazione nel 1993 quando il legislatore ha inserito il nuovo art. 45-*bis* del Codice della Navigazione, a sua volta modificato nel 2001.

Con il menzionato intervento legislativo una parte del fenomeno sub-concessorio ha trovato una collocazione sistematica, in quanto si è consentito al concessionario, previa autorizzazione dell'autorità competente, di affidare a terzi la gestione delle attività oggetto della concessione ovvero la gestione di attività secondarie nell'ambito della concessione.

E' evidente, peraltro, che il fenomeno considerato dal legislatore non esaurisce affatto il panorama delle vicende che attengono agli atti di disposizione del concessionario rispetto ai terzi.

La norma richiamata, infatti, ha riguardo ad un sub-affidamento generale delle attività oggetto della concessione ovvero ad un sub-affidamento parziale, riferito alle attività secondarie nell'ambito della concessione.

Quest'ultima disposizione consente una esternalizzazione di talune attività previste nella concessione, mentre la prima ipotesi consente una vera e propria gestione dell'intera concessione da parte di terzi, il tutto sempre previo assenso dell'ente concedente.

E' chiaro come questo fenomeno preveda la necessaria partecipazione dell'amministrazione concedente e quindi sia tendenzialmente destinato a svolgersi nell'ambito del diritto pubblico in quanto direttamente riconducibile alla gestione delle attività che formano oggetto della concessione demaniale, come tali connotate da una forte impronta pubblicistica.

Come è stato rilevato dalla stessa amministrazione del demanio con Circolare 30 settembre 2003 n. 141, si tratta in questo caso di ipotesi in cui il concessionario al fine di svolgere le attività oggetto della concessione, che costituiscono anche un suo preciso obbligo, intende avvalersi per specifici settori di imprese specializzate a cui affida una parte dell'attività gestoria assentita¹⁵.

¹⁵ Nella citata Circolare n. 141 del 30 settembre 2003 (Prot. n. DEM 2A-2158) si chiarisce molto bene l'estraneità della disciplina di cui all'art. 45-*bis* cod. nav. rispetto alla sub-concessione di diritto privato osservandosi quanto segue: *“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 sub concessione:*

a. ai contratti (per così dire, di utenza) tra il concessionario ed i terzi che ne acquistino i servizi, 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 (superficaria).

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

Con la citata previsione normativa si è quindi introdotta una specifica fattispecie che si aggiunge, ma non si sovrappone alle ipotesi di sub-concessione utilizzate nella prassi.

Da un lato, infatti, deve ritenersi autonoma sia la fattispecie in cui un ente pubblico concessionario attribuisce ad un terzo diritti rispetto ai beni o alle attività oggetto di concessione sia, a maggior ragione, l'ipotesi, di gran lunga più frequente, in cui il concessionario privato attribuisce ad un terzo un diritto in tutto o in parte analogo a quello attribuito al concessionario.

Quest'ultima ipotesi, come si è detto, è senza dubbio la più diffusa e, rispetto ad essa, la disciplina introdotta con l'art. 45-*bis* cod. nav. è del tutto inapplicabile, per le ragioni sinteticamente enunciate in precedenza con specifico riferimento alla *ratio* ed al contenuto di tale sub-concessione.

Il rapporto che si costituisce tra il concessionario ed il terzo e che abbia ad oggetto l'attribuzione a quest'ultimo di diritti spettanti al concessionario si muove nell'ambito del diritto privato e dà luogo ad ipotesi riconducibili, a seconda dei casi, a contratti tipici (vendita, locazione, affitto) ovvero a contratti atipici meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ..

La giurisprudenza in materia è ormai vasta e nell'ambito di essa possono enuclearsi alcuni principî che governano la fattispecie.

Intanto è ormai un dato pacifico quello secondo cui il carattere pubblicistico della concessione non osta alla costituzione fra privati di rapporti giuridici relativi alla concessione stessa né al trasferimento, totale o parziale, dei diritti da essa derivanti salvo espresso divieto di legge e ferma restando la facoltà dell'ente concedente di operare in sede di auto-tutela mediante la decadenza della concessione¹⁶.

Ancora, si precisa che attraverso la sub-concessione si realizza il trasferimento al sub-concessionario non già della concessione, ma delle sole facoltà spettanti al concessionario, ovvero sia soltanto di quelle facoltà che si atteggiano, nei rapporti tra privati, come diritti soggettivi perfetti.

Da tali principî consegue che, in linea generale, la natura demaniale del bene non costituisce ostacolo alla costituzione in favore di privati di diritti reali e/o personali che

rapporti ora menzionati.

8.3 Alla luce delle considerazioni che precedono, risulta che l'ambito di applicazione dell'art. 45 bis riguarda il solo affidamento a terzi di attività oggetto della concessione, e non anche tutte le (altre) ipotesi riconducibili nel generico termine di sub-concessione. 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)."

¹⁶ Il principio è stato recentemente ribadito da *Cass.*, 27 marzo 2009 n. 7532 con riferimento all'ipotesi in cui il concessionario demaniale affitti ad un terzo l'azienda, ritenendosi che ciò integri un contratto di cd. sub-concessione che non ha ad oggetto il bene demaniale in sé, ma implica il mero trasferimento al sub-concessionario delle facoltà spettanti al concessionario e che costituiscono nei rapporti tra i privati diritti soggettivi perfetti. La medesima pronuncia chiarisce che tale contratto è valido ed efficace tra le parti anche in assenza di autorizzazione da parte dell'ente concedente, ferma la facoltà di quest'ultimo di dichiarare la decadenza dalla concessione o revocarla.

abbiano ad oggetto la fruizione del bene demaniale e non impedisce la ulteriore circolazione tra i privati di tali diritti e facoltà.

8. *I negozi di diritto privato del concessionario e le loro vicende.*

Le considerazioni che precedono consentono di approfondire il discorso in ordine ai negozi di diritto privato del concessionario ed alle loro vicende.

L'ammissibilità di atti di disposizione del concessionario che abbiano ad oggetto diritti e/o facoltà a quest'ultimo attribuiti relativamente alla fruizione del bene demaniale è sostanzialmente incontrovertibile, sia pure con le precisazioni derivanti dalle possibili reazioni dell'ente concedente che resta estraneo alla fattispecie.

In ambito normativo, del resto, si rinvengono previsioni che presuppongono l'ammissibilità di tali rapporti privatistici rispetto al bene demaniale.

Con particolare riferimento alla locazione, infatti, l'art. 35 ultima parte della L. 27 luglio 1978 n. 392 prende espressamente in considerazione l'ipotesi di locazioni che abbiano ad oggetto immobili complementari od interni a beni demaniali quali, tra gli altri, i porti e gli aeroporti, escludendo l'indennità per la perdita dell'avviamento ed il diritto di prelazione e riscatto.

Dal dato normativo, quindi, si desume che, nei limiti previsti, è perfettamente ammissibile una locazione che abbia ad oggetto un immobile realizzato sul demanio.

Ma questa constatazione non esaurisce i profili che attengono alla qualificazione del sub-rapporto tra il concessionario ed il terzo utilizzatore.

Secondo la giurisprudenza, infatti, occorre distinguere nell'ambito delle fattispecie che hanno ad oggetto l'utilizzazione da parte di terzi di beni immobili in ambito demaniale, in conseguenza di atti di disposizione del concessionario, le situazioni nelle quali il diritto di godimento sul bene deve considerarsi del tutto avulso dalle finalità per le quali è stata assentita la concessione da quelle invece in cui l'utilizzazione del bene persegue anche, almeno in parte, le finalità proprie della concessione e, più in generale, dell'attività che il concessionario è non solo facoltizzato, ma anche obbligato a svolgere in relazione al bene concesso.

Nella prima ipotesi è possibile ricondurre il sub-rapporto in questione alla locazione tipica, mentre nella seconda ipotesi il sub-rapporto, pur mantenendo la sua disciplina nell'ambito del diritto privato integra un contratto atipico o innominato rispetto al quale alcuni istituti tipici della locazione possono trovare applicazione in via analogica, senza peraltro consentire una tipizzazione della fattispecie¹⁷.

¹⁷ Estremamente significativa in proposito è Cass., 11 febbraio 2005 n. 2852, in Riv. giur. edil., 2005, I, 746, secondo la quale "locazione e sub-concessione di diritto privato di un locale demaniale per uso commerciale si differenziano sotto il profilo causale, per il fatto che solo in quest'ultima la cessione in uso al terzo tende a perseguire l'interesse pubblico del bene considerato, interesse che va desunto da tutte le clausole contrattuali, che impongono obblighi comportamentali al terzo sub concessionario; detti

Come si è ripetutamente rilevato in precedenza, i diritti assentiti in capo al concessionario di bene demaniale non si esauriscono nell'ambito dei diritti obbligatori, essendo ben possibile la costituzione in favore del concessionario di diritti reali *in re aliena*, sostanzialmente assimilabili al diritto di superficie.

In quest'ultima ipotesi, allora, gli atti di disposizione del concessionario nei confronti dei terzi possano riguardare anche diritti riferiti alla proprietà superficiaria.

E' quindi da considerare ammissibile il negozio con il quale il concessionario attribuisce ad un terzo la proprietà (superficiaria) di quanto il primo ha realizzato sul demanio.

Si tratta di ipotesi da tempo conosciute dalla prassi, rispetto alle quali si è consolidato un orientamento favorevole, reputandosi che la facoltà per il concessionario di realizzare manufatti sul suolo pubblico per fini di utilità esclusivamente privata eventualmente assentita dall'ente concedente comporta la facoltà per il concessionario di trasferire in tutto o in parte tali diritti reali su cosa altrui, nei limiti imposti dalla situazione giuridica dei beni stessi¹⁸.

Si tratterà, a seconda dei casi, del trasferimento dei diritti relativi ad una proprietà superficiaria, destinata ad estinguersi in conseguenza delle vicende del titolo concessorio.

Ove per qualsiasi causa la concessione venga meno (rinuncia da parte del titolare, annullamento in sede giurisdizionale, revoca o decadenza) il diritto superficiario verrà a sua volta meno e le costruzioni che ne formano oggetto saranno acquisite (per accessione) al patrimonio dell'ente concedente¹⁹.

I diritti relativi alla proprietà superficiaria potranno a loro volta circolare tra privati e quindi formare oggetto di ulteriori rapporti giuridici, sempre dipendenti dal presupposto della vigenza della concessione demaniale e dalla insussistenza di ragioni che abilitino l'ente concedente ad intervenire sul titolo concessorio, revocandolo o dichiarandone la decadenza.

obblighi, tra i quali rientra quello di attuazione di una specifica destinazione mediante un'attività indispensabile o comunque utile per l'impresa del cedente, non costituiscono meri motivi per la stipula del contratto, ma sono elementi essenziali della struttura contrattuale posta in essere dalle parti (nella specie la suprema corte ha confermato la sentenza di merito, che facendo uso delle regole ermeneutiche di cui agli artt. 1362 seg. c.c., aveva qualificato come sub concessione, escludendo l'ipotesi della locazione, il contratto stipulato dalla società gerente di uno scalo aereo di primaria importanza nazionale con un imprenditore privato per l'uso di locali interni all'aeroporto quale rivendita di giornali e tabacchi). - Cass., sez. III, 11 febbraio 2005 n. 2852, Soc. ditta Cotroneo c. Soc. aeroporti Roma, in Mass., 2005, 188; Riv. giur. edilizia, 2005, I, 746; Banche dati Foro it., 1987-2005". Nella motivazione della citata sentenza si chiarisce altresì che tale sub-concessione, regolata dalle norme di diritto privato, integra un contratto atipico o innominato che può presentare somiglianze con la locazione ma non consente la trasposizione in esso, se non in via di estensione analogica, di istituti tipici della locazione.

¹⁸ In questo senso v., tra le altre, Cass., 9 marzo 2004 n. 4769, *cit.*.

¹⁹ Sul punto, pacifico in dottrina e in giurisprudenza si è chiarito che alla scadenza di una concessione amministrativa relativa alla costruzione di opere su terreno demaniale la proprietà di queste ultime passa allo Stato senza bisogno di alcuna manifestazione di volontà dell'amministrazione: cfr. *Corte Conti*, Sez. Contr., 8 marzo 1996 n. 53, in *Riv. Corte Conti*, 1996, 2, 23.

Il fenomeno della circolazione della proprietà superficaria delle costruzioni (o porzioni di esse) realizzate dal concessionario nel suolo demaniale, ove il titolo concessorio abbia costituito il relativo diritto *ad aedificandum*, può essere spiegato dalla constatazione che ciò che viene edificato sul demanio non assume, per ciò stesso, natura demaniale.

Ciò dipende dalle caratteristiche e dalla funzione della costruzione, nel senso che soltanto ove la costruzione sia funzionale al demanio o ne costituisca pertinenza essa sarà *ab origine* demaniale (ad esempio, la diga foranea di un porto), mentre in caso contrario essa non diventerà mai demaniale, in quanto estranea alla funzione (ad esempio un ristorante realizzato sull'arenile demaniale) e sarà acquisita al patrimonio disponibile dell'ente titolare del bene demaniale²⁰.

In ogni caso, l'effetto devolutivo alla proprietà pubblica (disponibile, indisponibile o demaniale a seconda dei casi) delle costruzioni erette sul demanio dal concessionario del bene è ineludibile alla scadenza della concessione o al venir meno di essa per altra causa.

Anche nell'ipotesi di rinnovo della concessione in capo allo stesso concessionario (ma sarebbe più corretto argomentare in termini di rilascio di nuova concessione, dal momento che il procedimento è il medesimo) avrà luogo l'incameramento della costruzione al patrimonio dell'ente concedente, con conseguente estinzione del diritto superficario (arg. ex art. 49 cod. nav.).

Qualche dubbio sulla estinzione del diritto superficario potrebbe essere avanzato con riferimento all'ipotesi di proroga della durata della concessione, la cui ammissibilità è peraltro assai discutibile in quanto suscettibile di impedire l'accesso di altri potenziali operatori economici, e quindi incompatibile con le regole comunitarie in tema di concorrenza, come recentemente ha sottolineato la Corte Costituzionale²¹.

Ed in questa prospettiva anche un intervento legislativo attraverso leggi-provvedimento di proroga delle concessioni risulterebbe inidoneo allo scopo, in quanto la legge-provvedimento si porrebbe in insanabile contrasto con i principî comunitari e come tale possibile oggetto di pronuncia di incostituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione alle pertinenti norme comunitarie.

L'ipotesi, perfettamente legittima, in cui il titolo concessorio costituisca in capo al concessionario anche il diritto di edificare e mantenere in proprietà superficaria (sino alla prima scadenza della concessione) le opere erette sul demanio, pone la questione della *trascrivibilità* della concessione nei registri immobiliari.

²⁰ In proposito si è osservato che la cessione del manufatto ad un suolo demaniale non implica l'automatica estensione del regime giuridico di questo alla cosa che vi accede, potendo tale conseguenza verificarsi solo quando anche la seconda partecipi alla stessa funzione economica ed alla medesima destinazione del primo, mentre, nell'opposta ipotesi, il bene accessorio viene acquistato dall'ente proprietario di quello principale come cosa patrimoniale, in quanto tale suscettibile di formare oggetto di diritti costituiti *iure privatorum* in favore di privati: cfr. Cass. Sez. Un., 20 dicembre 1993 n. 12507

²¹ Il riferimento è alle recenti decisioni della Corte Costituzionale n. 180 del 20 maggio 2010 e n. 340 del 26 novembre 2010.

Nonostante le perplessità che sul punto vengono spesso avanzate non sussistono ragioni impeditive della trascrizione, che è anzi attività dovuta del pubblico ufficiale rogante la concessione demaniale, poiché la fattispecie ricade nell'ipotesi residuale di cui all'art. 2645 cod. civ.

In questo senso, del resto, constano provvedimenti giurisdizionali che hanno ordinato la trascrizione di concessioni demaniali ove queste ultime facoltizzavano il concessionario a realizzare e mantenere in proprietà superficiale costruzioni sul demanio²².

Dalle considerazioni che precedono emerge allora uno scenario estremamente ampio di negozi di diritto privato sul demanio, nel senso precisato e che i limiti ad essi connaturali, che spazia dalla circolazione di diritti e/o facoltà del concessionario a contenuto obbligatorio ad ipotesi di circolazione di diritti reali *in re aliena*, assimilabili al diritto di superficie.

9. (Segue) *Gli approdi turistici*

La vicenda che attiene alla realizzazione e gestione degli approdi turistici può essere considerata paradigmatica del fenomeno dei negozi di diritto privato sul demanio.

E' noto, a questo proposito, come negli ultimi decenni il nostro paese abbia visto la proliferazione dei porti o approdi per la nautica da diporto, anche per effetto della devoluzione alle Regioni (con sub-delega ai comuni, in molti casi) delle competenze amministrative in materia.

Anche il procedimento finalizzato al rilascio della concessione demaniale marittima per la costruzione e gestione dei porti e approdi per la nautica da diporto è stato recentemente innovato: il D.P.R. 2 dicembre 1997 n. 509, infatti, ha ridisegnato l'iter amministrativo della concessione ed ulteriori norme, anche regolamentari, hanno completato il nuovo quadro normativo.

Le varie iniziative (raramente pubbliche, talvolta pubblico-private attraverso società

²² Ad esempio, in tema di trascrivibilità della concessione demaniale marittima per la realizzazione di un approdo turistico v. *Trib. Savona*, decr. 14 giugno 2006 - 20 luglio 2006, *inedito*, reso in sede di ricorso avverso la trascrizione con riserva operata dalla competente Agenzia del Territorio. In quel caso il Tribunale ha osservato che nell'ipotesi in cui l'atto di concessione preveda il diritto di realizzare sul suolo demaniale marittimo delle opere che, fino alla scadenza della concessione, resteranno nella disponibilità della concessionaria e che, allo spirare del termine, saranno acquisite dallo Stato senza indennizzo, non può esservi dubbio che la concessione *de qua* sia costitutiva di un diritto di superficie in favore della società concessionaria e conseguentemente trascrivibile ai sensi del combinato disposto degli artt. 2643 e 2645 c.c..

Il principio che afferma la trascrivibilità della concessione demaniale marittima, peraltro, è affermato in giurisprudenza da epoca risalente: cfr. Cass., 11 novembre 1969 n. 3664, in *Foro It.*, 1970, I, 448 e Cass. 27 gennaio 1971 n. 198, *id.*, 1971, I, 1646.

Anche il dato normativo conforta la tesi della trascrivibilità della concessione demaniale marittima, nell'ipotesi in cui al concessionario sia consentito di edificare sul demanio: l'art. 3, comma 2 del D.lgs. n. 504 del 1992, come modificato dall'art. 18 della legge n. 388 del 23.12.2000, infatti, individua il concessionario di bene demaniale quale soggetto passivo dell'imposta comunale sugli immobili, il cui presupposto è la titolarità di un diritto dominicale sui beni.

miste, più spesso interamente private) sono accomunate dalla previsione della realizzazione, all'interno del perimetro del bene demaniale concesso, non soltanto delle opere funzionali all'esistenza dell'approdo turistico (dighe, moli, posti-barca e parcheggi, locali a servizio della navigazione) ma anche e soprattutto di edifici turistico-ricettivi, commerciali e residenziali.

In questa prospettiva si pongono molteplici questioni che attengono non solo alla fase di realizzazione del bene, ma anche a quella, successiva, di gestione dell'approdo e di circolazione, attraverso la commercializzazione, di diritti che insistono sul demanio marittimo²³.

Quanto al momento realizzativo l'aspetto più rilevante, ai fini che qui interessano, riguarda il profilo delle garanzie che possono essere offerte a finanziatori dell'opera (le banche, in primo luogo).

La possibilità data al concessionario, con il consenso dell'ente concedente, di ipotecare le opere realizzate sul demanio (art. 41 cod. nav.) è tendenzialmente in grado di sopperire alla necessità di garanzie di tipo reale, prescindendo peraltro dalle delicate questioni, che in questa sede non possono essere approfondite, che si pongono nelle ipotesi di caducazione, per qualsiasi titolo, del titolo concessorio (la stessa esecuzione forzata in danno del concessionario, pur ammessa dall'art. 46 cod. nav. con riferimento alle opere da questi erette sul demanio, non è agevole e presuppone che l'aggiudicatario possa sub-ingrediente nella concessione).

Ma ulteriori questioni, di non immediata risoluzione, si riconnettono al momento gestionale dell'approdo turistico.

La più nota è intuitivamente quella riconducibile alla commercializzazione dei posti-barca, che si identificano nella messa a disposizione di un delimitato e protetto spazio acqueo con facoltà di utilizzazione delle pertinenti strutture portuali ed eventuali servizi.

Nell'ambito della fruizione del posto-barca, intanto, occorre distinguere l'ipotesi della messa a disposizione temporanea (tipicamente ai natanti in transito o per periodi stagionali) da quella caratterizzata da una significativa durata (pluriennale o per tutta la durata della concessione demaniale).

La prima ipotesi ha dato luogo al c.d. "*contratto di ormeggio*", ormai socialmente tipizzato e nell'ambito del quale, ferma la natura atipica del contratto, si suole distinguere tra una fattispecie minima, caratterizzata dalla messa a disposizione ed utilizzazione delle strutture portuali mediante l'assegnazione di un delimitato e protetto spazio acqueo, che lo rende assimilabile al contratto di locazione e una diversa fattispecie caratterizzata dalla previsione di altre prestazioni, quali custodia del natante e degli oggetti in esso contenuti, che lo rendono assimilabile al deposito²⁴.

²³ Per una approfondita disamina della disciplina in materia di porti turistici v. per tutti TRANQUILLI LEALI, *op.cit.*, *passim* e *spec.*, con riferimento ai profili gestori, 223 ss..

²⁴ In questo senso v. recentemente *Cass. Sez. Unite*, 3 aprile 2007 n. 8224, in *Foro it.*, 2007, I, 3117 ed *ivi* nota redazionale di commento con indicazione di numerosi precedenti, tra i quali il più risalente è *Cass.*, 22 ottobre 1970 n. 2094.

La seconda ipotesi, invece, si caratterizza sotto diversi profili. Da un lato la durata della facoltà di utilizzazione del posto-barca è spesso commisurata alla stessa durata della concessione e, dall'altra, a questa facoltà è accompagnato l'obbligo di fruire determinati servizi offerti dal concessionario, con possibilità per il contraente di sostituire altri, a titolo temporaneo o definitivo, nel rapporto contrattuale.

In altri termini l'avente causa dal concessionario può a sua volta far circolare la posizione contrattuale acquisita ovvero concedere a terzi di utilizzare temporaneamente il posto-barca.

Qui è evidente come la fattispecie esuli dal c.d. *contratto di ormeggio* nelle due accezioni sopra riferite e necessita di una autonoma qualificazione.

Il contratto, certamente atipico, che si configura sembra riconducibile alla fattispecie, da tempo individuata in giurisprudenza, della *sub-concessione di diritto privato*, caratterizzata dal fatto che l'utilizzazione del bene persegue anche, almeno in parte, le finalità proprie della concessione e dell'attività del concessionario²⁵.

Il collegamento negoziale, poi, che si instaura tra la fruizione del posto-barca e quella (obbligatoria) dei servizi portuali offerti dal concessionario, collegamento che persiste anche nell'ipotesi di circolazione della posizione contrattuale dell'avente causa del concessionario, sottolinea l'atipicità del rapporto che ne esclude l'assimilazione alla locazione.

Un discorso parzialmente diverso, invece, può essere svolto con riferimento alle ipotesi in cui oggetto del contratto tra il concessionario dell'approdo ed il terzo è l'utilizzazione di quanto il concessionario abbia realizzato in regime di proprietà superficaria all'interno dell'area demaniale.

Strutture turistico-ricettive, locali commerciali, residenze, posti - auto ed immobili in genere non strettamente funzionali all'esistenza stessa dell'approdo turistico possono infatti formare oggetto di diverse vicende negoziali.

Deve in proposito sottolinearsi, come in precedenza si è già evidenziato, che in questo caso si tratta di beni realizzati in ambito demaniale, normalmente in regime di diritto

²⁵ Secondo le indicazioni rinvenibili nella giurisprudenza di legittimità sulle quali v. per tutte *Cass.*, 11 febbraio 2005 n. 2852, la cui massima è riportata *supra sub* nota 17.

In argomento v. altresì *Cass. Sez. un.* 28 aprile 1989 n. 2015 in *Foro It.*, 1990, I, 192 ss., la quale, affrontando il problema della qualificazione del contratto tra il comune concessionario dell'approdo turistico e l'utente dell'ormeggio, ha osservato che l'appartenenza dello specchio acqueo al demanio necessario dello stato determina effetti in ordine alla natura del rapporto in oggetto, che può derivare soltanto da una sub-concessione di bene demaniale. La Corte aggiunge, ed è questo uno degli aspetti più interessanti, che nel caso dei porti turistici l'interesse sociale trova soddisfazione attraverso questa utilizzazione particolare del bene pubblico esercitata dai soggetti fruitori dell'ormeggio.

In questa prospettiva emerge la non ascrivibilità del rapporto in esame agli schemi privatistici della locazione o del deposito e, per converso, la sua ascrivibilità al contratto atipico di c.d. sub-concessione di diritto privato caratterizzata, come risulta dalla più volte richiamata decisione della Suprema Corte 11 febbraio 2005 n. 2852, sopra richiamata, dalla circostanza che la causa del contratto persegue anche le finalità proprie della concessione e dell'attività del concessionario, non essendo conseguente sussumibile nella causa tipica della locazione o del deposito.

superficiario, che tuttavia non sono caratterizzato dalla demanialità, non svolgendo alcuna funzione, nemmeno accessoria, di interesse demaniale.

Tali beni sono funzionali all'attività imprenditoriale gestita del concessionario dell'approdo turistico, ma sono estranei al servizio di assistenza alla navigazione da diporto in senso stretto.

Rispetto ad essi possono quindi ipotizzarsi diverse fattispecie circolatorie, sia di natura reale che di natura obbligatoria.

Quanto alle prime è certamente ipotizzabile una cessione della proprietà superficiaria (anche frazionata) secondo i principi e con le limitazioni che sono già stati illustrati in precedenza (*supra sub* § 6).

Per quanto concerne le seconde, relative a fattispecie circolatorie di natura obbligatoria, si ripropongono le medesime questioni in ordine alla ammissibilità sia di negozi tipici, sia di negozi atipici *ex art.* 1322 cod. civ.

I locali commerciali, ad esempio, potranno formare oggetto di un contratto di locazione, di affitto o di cessione di azienda, oppure di una sub-concessione di diritto privato nella misura in cui le attività *ivi* insediate concorrono a realizzare le finalità dell'attività di impresa che il concessionario è non solo facoltizzato, ma anche tenuto, a svolgere secondo le previsioni del titolo concessorio.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento agli immobili destinati allo svolgimento di attività turistico-ricettive.

Gli immobili destinati ad uso residenziale, i boxes e posti auto potranno a loro volta formare oggetto sia di locazione (quando il contratto preveda che la prestazione del concedente sia limitata a consentire il godimento del bene verso corrispettivo), sia di sub-concessione di diritto privato quanto l'oggetto del contratto preveda la fruizione di servizi ulteriori, esorbitanti dallo schema tipico della locazione.

L'appropriata configurazione di tali rapporti discenderà quindi dalle situazioni di fatto di volta in volta riscontrabili, dalle eventuali previsioni del titolo concessorio e dalla volontà dei contraenti ricostruita secondo gli usuali criteri ermeneutici.

Ciò che accomuna le varie fattispecie in precedenza enunciate è, comunque, la constatazione che esse nulla hanno a che vedere con la sub-concessione di cui all'art. 45-*bis* cod. nav. perché esse non riguardano le attività gestite della concessione demaniale (né primarie, né secondarie) bensì gli atti di disposizione del concessionario nei confronti dei terzi relativamente ai diritti che derivano dalla concessione.

In questo caso, dunque, i rapporti posti in essere dal concessionario con i terzi sono del tutto estranei all'ente concedente, che può solo motivatamente agire in sede di autotutela qualora gli atti di disposizione del concessionario confliggano con le finalità della concessione e ne pregiudichino il conseguimento.

D'altra parte, e conclusivamente, la realizzazione di un approdo turistico deve oggi seguire il procedimento concessorio di cui al già richiamato D.P.R. 2 dicembre 1997 n.

509 che prevede, tra l'altro, che la domanda sia accompagnata da un progetto preliminare che definisca le caratteristiche funzionali e qualitative dei lavori e il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire (art. 3, comma 2).

E' nell'ambito della redazione del progetto che devono essere puntualmente indicate le funzioni delle opere realizzande ed in questo contesto è certamente opportuno che l'aspirante concessionario enunci anche le modalità attraverso le quali intende commercializzare beni e servizi nei confronti di terzi (alienazione di proprietà superficiaria, locazioni, sub-concessioni di diritto privato e così via).

Così operando si offre un quadro chiaro e trasparente delle modalità operative del concessionario e si pone l'ente concedente in grado di valutare *ex ante* la coerenza delle proposte operative del concessionario con le esigenze pubblicistiche sottese al provvedimento concessorio.

10. (Segue) La tutela giurisdizionale.

L'ammissibilità di negozio di diritto privato sul demanio, nel senso e nei limiti in precedenza indicati, si riverbera necessariamente anche in tema di tutela giurisdizionale, e più precisamente in tema di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Si è detto in precedenza che dal titolo concessorio derivano in capo al concessionario diritti soggettivi perfetti opponibili *erga omnes* (ferma restando la posizione di soggezione nei confronti dell'ente concedente), rispetto ai quali il concessionario gode sia di una ampia autonomia negoziale, dalla quale discendono legittimamente gli atti di disposizione che riguardino tali diritti, sia di una altrettanto ampia tutela giurisdizionale nei confronti dei terzi.

In tema di tutela possessoria, ad esempio, lo stesso codice civile ammette nei rapporti tra privati l'azione di spoglio rispetto ai beni demaniali e qualora la lesione del possesso riguardi facoltà che possono formare oggetto di concessione, anche l'azione di manutenzione (art. 1145 commi 2 e 3, cod. civ.)²⁶.

Per quanto concerne, più in generale, le controversie tra concessionario e terzi, relative ai rapporti giuridici posti in essere dal primo e concernenti diritti e/o facoltà derivanti

²⁶ Con riferimento a vicende relative alla utilizzazione di posti barca nell'ambito di approdi turistici ammette implicitamente la tutela possessoria *Cass.*, 24 novembre 1999 n. 13037; più in generale ammettono le azioni di spoglio e di manutenzione a favore del possessore di bene demaniale, ancorchè privo del titolo concessorio, *Cass. Sez. Un.*, 27 ottobre 1989 n. 4504; *id.*, 20 gennaio 1993 n. 650; *Cass.*, 29 aprile 1992 n. 5180 e 23 luglio 1993 n. 8258.

Particolarmente interessante in tema di tutela possessoria, relativa al c.d. contratto di ormeggio è la decisione di *Trib. Chiavari*, ord, 28 dicembre 2001 in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2002, I, 822 ss., con nota di LIPORACE "La disponibilità del posto-barca tra azioni possessorie e diritto societario" ed *ivi* ampi richiami di dottrina e giurisprudenza in materia.

dalla concessione, la regola generale è che tali controversie appartengono senza dubbio alla giurisdizione ordinaria²⁷.

Il principio regolatore della attribuzione delle controversie tra il concessionario ed i terzi alla giurisdizione ordinaria è ravvisato nella circostanza che la controversia scaturisca da un rapporto rispetto al quale l'amministrazione concedente resti totalmente estranea e non possa ravvisarsi alcun collegamento con l'atto autoritativo concessorio, che risulta essere mero presupposto, non essendo la pretesa riferibile direttamente all'atto di concessione.

Nella diversa ipotesi in cui la pretesa azionata sia riferibile direttamente all'atto di concessione e l'amministrazione concedente abbia espressamente previsto ed autorizzato il rapporto tra concessionario e terzo la giurisdizione appartiene invece al giudice amministrativo²⁸.

Analogamente appartiene alla giurisdizione amministrativa una controversia relativa all'annullamento dell'affidamento in sub concessione (previsto e autorizzato nell'atto di concessione) dell'esercizio delle aree di servizio autostradali, ritenendosi che l'attività in questione sia strumentale alla concessione della rete autostradale e rientri quindi nell'ambito del servizio pubblico espletato dal concessionario²⁹.

In altri termini la giurisdizione apparterrà al giudice amministrativo soltanto quando vi sia un nesso di interdipendenza tra il rapporto instaurato dal concessionario con il terzo ed il rapporto concessorio, fermo restando che la fattispecie in cui si controverta unicamente in tema di indennità, canoni e corrispettivi dovrebbero comunque essere ritenute appartenenti alla giurisdizione ordinaria.

Sulla base delle considerazioni che precedono deve ritenersi, in linea generale, che le controversie tra il concessionario ed i terzi che attengano a rapporti qualificabili alla stregua di sub-concessioni di diritto privato (e a maggior ragione quelle che attengano a rapporti disciplinati da contratti tipici quali vendita, locazione, affitto e così via) sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, così come lo saranno quelle eventualmente relative agli ulteriori sub rapporti conseguenti alla ulteriore circolazione di diritti e/o facoltà tra privati aventi causa dal concessionario.

In questa prospettiva potranno anche essere esperite azioni cautelari, anche di natura conservativa rispetto ai beni e ai diritti controversi tra i privati.

²⁷ Fra le più recenti affermazioni del principio v., ad esempio, *Cass. Sez. Un.*, ord. 1 aprile 2010 n. 8067, in *Urb. e Appalti*, 2010, 949 ss., con commento di G. D'ANGELO, secondo cui in tema di concessioni di beni pubblici, spetta al giudice ordinario la controversia tra il concessionario e il terzo qualora l'amministrazione concedente resti totalmente estranea e l'atto concessorio si ponga quale mero presupposto del rapporto tra concessionario e terzo.

²⁸ In questo senso, recentemente, *Cass. Sez. Un.*, 25 novembre 2008 n. 28053, confermativa peraltro di un orientamento consolidato come si desume dalle pronunce di *Cass. Sez. Un.*, 21 ottobre 2005 n. 20339; *id.*, 25 giugno 2002 n. 9233 in *Giust. civ.*, 2002 parte I, 2438 e *id.*, 23 luglio 2001 n. 10013.

²⁹ In questo senso *Cass. Sez. Un.*, 2 dicembre 2008 n. 28549.

Potranno altresì essere esperite, nei rapporti tra i privati e quindi tra concessionario e terzi, azioni costitutive quali ad esempio l'esecuzione specifica ex art. 2932 cod. civ.³⁰.

Anche dal punto di vista processuale, dunque, si conferma la piena legittimità degli atti di disposizione di diritto privato che il concessionario ponga in essere nei confronti di terzi e la tutelabilità dei rapporti così instaurati davanti al giudice ordinario.

³⁰ In questo senso, con riferimento alla esecuzione specifica di un contratto preliminare avente ad oggetto la disponibilità di un locale realizzato nell'ambito di un porto turistico e destinato all'esercizio di bar v. Cass. Sez. Un. 4 febbraio 1993 n. 1392, che conferma la decisione della Corte di Appello di Genova n. 853 del 20 novembre 1990, osservando che nella specie si trattava dell'uso di un bene non essenziale ai fini della configurazione del porto, di proprietà privata del concessionario sino alla scadenza della concessione.