

Avv. Ilaria Cartigiano

1. Osservazioni preliminari. 2. Demanio marittimo: il quadro normativo. 3. Legittimità delle cause di decadenza. 4. La figura del sub-concessionario.

1. Osservazioni preliminari.

La decisione n. 686 del 18 giugno 2015 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria offre particolari spunti di riflessione in ordine alle cause che giustificano la decadenza di una concessione marittima, nonché, sotto un profilo squisitamente processuale, con riguardo alla legittimazione a ricorrere di una sub-concessionaria.

Il Tar Liguria si è pronunciato sul ricorso presentato da una società a responsabilità limitata contro l'Amministrazione comunale e contro altre società per l'illegittima adozione del provvedimento di decadenza della concessione demaniale.

La fattispecie è, dunque, quella tipica: una società richiede e consegue il rilascio di una concessione per la realizzazione e la gestione di un nuovo complesso portuale per imbarcazioni affidando a sua volta, in base alla previsione di cui all'art. 45 del cod. nav., a soggetti terzi la gestione delle attività oggetto della concessione.

L'amministrazione concedente, sul presupposto dell'avvenuta declaratoria di fallimento della società e sulla base di altri presupposti, quali la concessione di ipoteche sui beni demaniali, il mancato pagamento dei canoni e la mancata realizzazione dei lavori nel termine concordato, pronunciava la decadenza della concessione.

Due sono, dunque, i temi affrontati per i quali la sentenza si ritiene meritevole di approfondimento.

In primo luogo, le cause che giustificano, di fatto, l'adozione di un provvedimento di decadenza. In secondo luogo, la legittimazione processuale ad agire di una sub-concessionaria.

La pronuncia in esame offre comunque l'opportunità di effettuare una breve analisi dell'evoluzione normativa, anche in ordine al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di porti turistici. Tale analisi si rivela indispensabile, data la complessità del quadro normativo in materia di regolamentazione e gestione del demanio marittimo e la sua frammentazione determinata dalla coesistenza di norme emanate in tempi diversi e dotate di differente forza normativa.

2. Demanio marittimo e competenze territoriali: il quadro normativo.

La disciplina normativa che nel corso degli anni ha interessato il demanio marittimo, ha comportato una necessaria riqualificazione degli istituti ad esso collegati.

A partire dal Codice per la marina mercantile del 1865, infatti, la funzione del demanio marittimo è stata oggetto di importanti modifiche a seconda del periodo storico-politico in cui il legislatore ne ha inteso disciplinare il controllo, gli usi e la gestione.

Originariamente, il demanio marittimo rispondeva a finalità di difesa e di sicurezza dello Stato e, pertanto, i beni che ne facevano parte non potevano che essere assoggettati al potere statale.

Il codice del 1865, tuttavia, attribuiva agli usi particolari del demanio marittimo un rilievo, seppur minimo, di interesse pubblico specifico e differenziato rispetto all'uso pubblico generale della navigazione e della difesa militare. In particolare, a norma degli artt. 157 e 158, *"le concessioni ed occupazioni permanenti del lido del mare, dé porti, dé seni, delle spiagge, al pari di ogni altra pertinenza del pubblico demanio, devono essere autorizzate per legge"*, mentre *"le occupazioni temporanee, che non portino opere permanenti nei luoghi indicati nel precedente articolo, potranno essere permesse dall'Amministrazione di*

marina per opere essenzialmente utili alla navigazione, alle industrie ed al commercio marittimo."¹

Un tale atteggiamento di favore verso l'uso statale, venne mitigato con il sopraggiungere di una politica di sostegno dell'economia industriale cosicché, in seguito alla prima riforma, l'art. 158 del Codice prevedeva da una parte la possibilità che anche le concessioni temporanee di competenza dell'Amministrazione marittima (e non solo quelle permanenti da autorizzarsi per legge) comportassero la realizzazione di opere "*di natura stabile*", anche "*di singolare importanza*", dall'altra eliminava qualsiasi restrizione al possibile oggetto delle concessioni.²

Tuttavia, per poter assistere ad una significativa revisione, in senso pluralistico, della disciplina in tema di beni pubblici, occorre attendere il testo della Carta Costituzionale che, in ragione del rinnovato rilievo riconosciuto al territorio, viene a mettere definitivamente in crisi l'unità e la statalità del demanio marittimo.

Un primo riscontro si ha nella legge n. 765 del 1967 (c.d. legge-ponte) che, rileggendo il problema alla luce del principio autonomistico contemplato nell'art. 5 della Costituzione e, dunque, ritenendo concorrenti i poteri del Comune e dell'amministrazione marittima nella gestione del territorio, sottopone i beni demaniali marittimi alla disciplina urbanistica.

Nella linea intrapresa dalla legge-ponte si colloca poi, a partire dagli anni '70, tutta quella produzione normativa tendente ad evidenziare il ruolo centrale delle Regioni all'interno del processo di gestione del demanio, delegando ad esse le competenze attinenti non solo alla materia urbanistica e alle opere pubbliche, ma anche quelle riguardanti la funzione turistico-ricreativa dei beni che ne sono oggetto. In virtù di tale normativa, spettano alle Regioni le funzioni amministrative sul litorale marittimo e sulle aree demaniali immediatamente adiacenti, ad esclusione della materia della navigazione marittima, sicurezza nazionale e polizia doganale.

¹ B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, 2008.

² B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Cedam, 2008.

La regionalizzazione delle funzioni in materia di demanio marittimo ha, successivamente, trovato definitivo riconoscimento nella legge 4 dicembre 1993, n. 494, di conversione del decreto legge 5 ottobre 1993, n. 400, che ha introdotto una tipizzazione delle concessioni demaniali marittime. Occorre però puntualizzare che, come la Corte Costituzionale ha in più occasioni affermato, la titolarità di funzioni legislative e amministrative della Regione in ordine all'utilizzazione di determinati beni non può incidere sulle facoltà che spettano allo Stato in quanto proprietario, poiché la disciplina degli aspetti dominicali del demanio statale rientra pur sempre nella materia dell'ordinamento civile di competenza esclusiva dello Stato .

Tuttavia, la legislazione regionale tendenzialmente attribuisce o delega agli Enti locali, riservando a sé unicamente funzioni di programmazione, indirizzo generale, vigilanza, il rilascio di concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative. Restano, invece, riservate allo Stato le concessioni nei porti e nelle aree di rilevanza economica internazionale o di preminente interesse nazionale, individuate dal D.P.C.M. 21 dicembre 1995, nonché le concessioni per qualsiasi scopo e finalità nei porti e nelle aree ricadenti nella circoscrizione dell'Autorità portuale.

2. La legittimità delle cause di decadenza.

All'interno del quadro normativo richiamato, si inserisce la controversia sottoposta all'attenzione del Tar.

L'amministrazione, ai sensi dell'art. 47 cod. nav., può dichiarare la decadenza del concessionario:

- a) per mancata esecuzione delle opere prescritte nell'atto di concessione, o per mancato inizio della gestione, nei termini assegnati;
- b) per non uso continuato durante il periodo fissato a questo effetto nell'atto di concessione, o per il cattivo uso;
- c) per mutamento sostanziale non autorizzato dello scopo per il quale è stata fatta la concessione;

- d) per omesso pagamento del canone per il numero di rate fissato a questo effetto dall'atto di concessione;
- e) per abusiva sostituzione di altri nel godimento della concessione;
- f) per inadempienza degli obblighi derivanti dalla concessione, o imposti da norme di leggi o di regolamenti.

Uno dei principali motivi di impugnazione del provvedimento di decadenza della concessione demaniale marittima è fondato proprio sugli effetti della sentenza di fallimento.

Al riguardo lo stesso Tribunale segnala come la Corte di Cassazione abbia costantemente ritenuto che gli effetti della sentenza di fallimento, in ragione del fine ultimo della disciplina, che è quello di privilegiare gli interessi generali dei creditori, debbano considerarsi rimossi solo con il passaggio in giudicato della sentenza.

Avendo il provvedimento di decadenza della concessione di cui all'art. 47 cod. nav., natura sostanzialmente sanzionatoria, il carattere tassativo delle ipotesi in presenza delle quali tale provvedimento può essere adottato deve ritenersi di immediata individuazione.

La considerazione in base alla quale il fallimento non si configura quale causa di decadenza della concessione è stata espressa dalla Corte di Cassazione con sentenza 26 maggio 2009, n. 12140. La Suprema Corte ha avuto modo di affermare che per *“effetto della dichiarazione di fallimento tutte le attività del fallito vengono acquisite alla massa, comprese le situazioni di interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione, ovvero di diritto acquisite per effetto di provvedimenti amministrativi, come quelle che sorgono dalla concessione dei beni del demanio marittimo.”*

Appare, pertanto, corretta e condivisibile la statuizione del Tar Liguria, secondo cui non è possibile rinvenire una disciplina speciale di diritto amministrativo che configuri il fallimento quale autonoma causa di decadenza della concessione, non essendo il fallimento del concessionario contemplato tra le ipotesi di cui all'art. 47 cod. nav.

Ne deriva che, l'orientamento che milita verso la possibile applicazione della disciplina del codice degli appalti, la quale attribuisce rilevanza al fallimento, non può considerarsi meritevole di accoglimento. Il modello normativo di riferimento in materia di concessione demaniale marittima, anche se finalizzata alla realizzazione di opere, è dato dal D.P.R. 2 dicembre 1997, n. 509 che fa un espresso richiamo alla disciplina del codice della navigazione.

Ne consegue che nessuna discrezionalità deve essere riconosciuta all'amministrazione concedente nella valutazione del fallimento quale causa di decadenza della concessione. A prescindere dal tipo di modello di gestione scelto per il rapporto concessorio, sub-ingresso o sub-concessione, non sussiste secondo il Collegio la sussistenza di una *"facoltà di scelta discrezionale dell'amministrazione nella preferenza del modello di gestione della concessione"*, poiché la previsione di cui all'art. 47 cod. nav. deve qualificarsi in termini di tassatività.

Al ricorrere delle ipotesi decadenziali disciplinate dall'art. 47 del cod. nav. secondo un recente orientamento giurisprudenziale,³ l'Amministrazione concedente esercita una discrezionalità di tipo tecnico, dovendosi essa cioè limitare al riscontro dei relativi presupposti fattuali. Ciò comporta sul piano sostanziale che, una volta accertata la sussistenza di detti presupposti, il provvedimento di decadenza ha natura sostanzialmente vincolata, con conseguente esclusione di ogni possibile bilanciamento tra l'interesse pubblico e le esigenze del privato concessionario.

In particolare si afferma che *"riconnettere immediatamente al fallimento la decadenza della concessione frustra irrimediabilmente le ragioni del ceto creditorio che perde la possibilità di rivalersi sulle opere realizzate, ovvero di conseguire un qualche vantaggio economico dalla gestione della concessione."*

In aggiunta, nessun accoglimento merita l'obiezione secondo cui una tale mancanza di previsione determina, di fatto, una minor tutela dell'interesse pubblico, atteso che l'amministrazione conserva e esercita nei confronti del fallimento tutti i poteri che essa

³ Con. Di Stato, Sez. VI, n. 465, 2 febbraio 2015.

vanta nei confronti del concessionario originario, e dunque la possibilità di consentire la continuazione della gestione della concessione, ovvero la cessione ad un terzo di gradimento dell'amministrazione, ovvero l'esercizio dei poteri di decadenza o revoca al ricorrere dei relativi presupposti, posto che il fallimento non conferisce al concessionario fallito uno *status* diverso e di maggiore vantaggio.

Volendo spostare lo sguardo verso le altre cause che giustificano un provvedimento di decadenza della concessione il Tribunale di prime cure segnala come allo stesso modo non costituisca causa di decadenza dalla concessione l'aver autorizzato l'iscrizione di ipoteche. Com'è noto ai sensi dell'art. 823 c.c. " *i beni demaniali sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano*", mentre l'art. 41 cod. nav. prevede che " *il concessionario può, previa autorizzazione dell' autorità concedente, costituire ipoteca sulle opere da lui costruite sui beni demaniali.*"

Pertanto, posto che per effetto delle disposizioni codicistiche richiamate le ipoteche concesse sui beni demaniali stessi, e non già sulle opere realizzate dalla concessionaria, sono affette da nullità, l'aver consentito l'iscrizione di un'ipoteca nulla non integra ipotesi di decadenza di cui all'art. 47 cod. nav.

Diversamente, costituisce causa di decadenza dalla concessione il mancato pagamento del canone per le rate fissate nell'atto di concessione, essendo oggetto di espressa previsione normativa.

Tuttavia, il punto nodale su cui si discute è se il mancato pagamento dei canoni possa trovare una giustificazione in ragione dell'ammissione a concordato preventivo.

Orbene, secondo il Tribunale avendo la giurisprudenza autorizzato e consentito il soggetto ammesso a concordato preventivo al pagamento dei crediti rientranti nell'ordinaria amministrazione dell'impresa, considera il pagamento di un debito preconcordatario legittimo, in quanto atto di ordinaria amministrazione se non lesivo delle ragioni dei creditori. Appare, dunque, opportuno richiamare la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione. L'art. 167, comma 2 l. fall. contiene un'indicazione degli atti per i quali è necessaria l'autorizzazione del giudice.

Orbene, mentre per gli atti specificatamente indicati la valutazione in ordine alla loro qualificazione come atti di straordinaria amministrazione è svolta direttamente dalla legge, si pone il problema di individuare quali atti rientrino nell'ampio concetto di "atti eccedenti la ordinaria amministrazione". La dottrina⁴ è concorde nel ritenere che la categoria deve essere riferita alla tipologia dell'attività svolta dal debitore, pertanto, nella procedura di concordato preventivo la valutazione in ordine al carattere di ordinaria o straordinaria amministrazione di un atto dovrà essere compiuta tenendo conto della sua idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori. In altre parole, la valutazione dell'interesse protetto dalla norma deve essere svolta non già con riguardo allo stato di crisi dell'imprenditore, ma alla massa dei creditori.

Le considerazioni fin qui esposte, inducono a ritenere meritevole di considerazione la tesi prospettata dalla ricorrente, la quale ha rilevato come uno degli effetti tipici del concordato preventivo e del fallimento sia quello di non consentire la disposizione di pagamenti e/o la promozione di azioni esecutive volte ad ottenere il soddisfacimento di crediti maturati nei confronti dell'impresa in concordato.

Infatti, l'esame della disciplina normativa e precisamente: dell'art. 167 l.f. che prevede come il patrimonio dell'imprenditore in pendenza di concordato preventivo sia oggetto di un'oculata amministrazione in quanto destinato a garantire il soddisfacimento di tutti i creditori; dell'art. 168 l.f. che nel porre un esplicito divieto alla azioni esecutive da parte dei creditori, comporta implicitamente e per via induttiva il divieto di pagamento dei debiti anteriori poiché palesemente incongruo rispetto alla *ratio* della disciplina; dell'art. 184 l.f. che nel dichiarare l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori, implica che non possa ricorrere l'ipotesi di un pagamento concorsuale fuori dai casi e dai modi previsti dalla disciplina di riferimento, mostra come legge fallimentare ricollegli alle procedure concorsuali

⁴ G. FAUCEGLIA, *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Utet, 2009, 1689.

alcuni effetti giuridici non derogabili, tra i quali la cristallizzazione del patrimonio del debitore.

Inoltre, deve aggiungersi come, al riguardo, risulti a ciò connesso quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui il principio della consecuzione delle procedure deve trovare applicazione anche dopo l'entrata in vigore della nuova normativa fallimentare.⁵

L'art. 162 l.f., oggetto di nessuna modifica da parte della riforma della legge fallimentare introdotta con il D.Lgs. n. 5 del 2006, dispone che, se non ricorrono le condizioni previste dall'art. 160, comma 1 o se la proposta di concordato non risponde alle condizioni indicate nello stesso articolo, il Tribunale, sentito il pubblico ministero e occorrendo il debitore, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta e dichiara d'ufficio il fallimento del debitore.

Pertanto, il requisito dello "stato di crisi", di cui all'ultimo comma dell'art. 160 l.f., previsto per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, deve considerarsi comprensivo sia della situazione di insolvenza vera e propria che di uno stato di difficoltà economico - finanziaria non necessariamente destinato ad evolversi in una definitiva impossibilità di adempimento delle obbligazioni assunte.

Come giustamente affermato da condivisibile dottrina, deve prendersi atto della continuità ed unitarietà delle procedure concorsuali, essendo tali procedure volte ad affrontare la medesima crisi, ritenuta in un primo momento suscettibile di regolazione attraverso un accordo con i creditori e successivamente risultata tale da condurre alla liquidazione fallimentare.

Ne deriva che, qualora, a seguito di una verifica a posteriori, venga accertato con la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore che lo stato di crisi in base al quale esso ha chiesto la ammissione al concordato preventivo era in realtà uno stato di insolvenza, la efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta a seguito

⁵ Cass. Civ. Sez. I, 06 agosto 2010, n.18437

della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo, deve essere retrodatata alla data di presentazione di tale domanda.

L'ammissione al concordato preventivo non permetterebbe, dunque, secondo tale tesi interpretativa, il pagamento del canone concessorio e qualificerebbe illegittima per violazione della disciplina normativa in materia di procedure concorsuali l'atto di decadenza della concessione adottato dall'Amministrazione.

3. La figura del sub-concessionario.

In origine, il Codice della Navigazione non dedicava un'apposita norma per l'affidamento ad altri soggetti delle attività oggetto della concessione, disciplinando esclusivamente all'art. 46, il sub-ingresso nella stessa. Soltanto con il D.L. n. 400/1993, convertito, con modificazioni, nella L. n. 494/1993, all'interno del Codice della Navigazione venne inserito l'art. 45-*bis*, in forza del quale il concessionario, previa autorizzazione dell'Autorità amministrativa concedente ed *"in casi eccezionali e per periodi determinati"*, poteva affidare ad altri soggetti tanto la gestione delle attività oggetto della concessione, che la gestione di attività secondarie nell'ambito della concessione. Con la L. n. 88/2001 venne però eliminato, dal corpo dell'art. 45-*bis* del Codice della Navigazione, il limite rappresentato dalla possibilità di affidare soltanto *"in casi eccezionali e per periodi determinati"* a differenti soggetti la gestione delle attività oggetto della concessione e/o le attività secondarie che ad essa si riferissero.

Dal complessivo evolvere della normativa di settore risulta, pertanto, evidente come l'Autorità amministrativa preposta alla gestione e salvaguardia dei beni facenti parte del demanio marittimo non debba più esercitare un controllo sulla coincidenza, fra titolarità del rapporto concessorio ed utilità ottenibile mediante l'impiego del bene demaniale all'interno del ciclo produttivo dell'impresa gestita in proprio dal concessionario.⁶

⁶ T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 21 novembre 2013, n. 2788.

L'art. 45 *bis* cod. nav. prevede una possibile, anche parziale, scissione tra titolarità e gestione della concessione, determinando una differenziazione dei corrispondenti rapporti giuridici.⁷

La titolarità del rapporto concessorio serve per assicurare all'Amministrazione un unico e qualificato interlocutore ai fini della salvaguardia degli stessi, tenuto conto del valore assiologico che assumono gli interessi in gioco, (anche) in conformità a quanto previsto dall'art. 9 della Cost.

In considerazione di ciò nell'esaminare la posizione del sub-concessionario titolare di diritti derivanti dalla concessionaria, il Tribunale rileva come la posizione soggettiva derivi, in realtà, da atti di diritto privato posti in essere dalla concessionaria in virtù dell'autorizzazione preventiva e generale fornita dall'Amministrazione.

Ne deriva che il sub-concessionario, essendo titolare di posizioni obbligatorie di diritto privato, deve considerarsi privo di legittimazione ad esperire ricorso autonomo avverso l'eventuale provvedimento di decadenza. L'autorizzazione generale e preventiva alla sub-concessione non implica in capo ai sub-concessionari la titolarità di una posizione di interesse legittimo tutelabile rispetto alle determinazioni dell'Amministrazione, e dunque idonea ad assumere autonoma rilevanza nei confronti della p.a., poiché la sub-concessione non realizza l'effetto di sostituire un terzo all'originario titolare del rapporto concessorio, ma realizza solamente il reimpiego, attraverso strumenti di diritto privato, di alcuni beni oggetto della concessione, ovvero di alcune opere realizzate in virtù del rapporto concessorio.

Tale posizione legittima il sub-concessionario ad esperire, accanto ai tradizionali rimedi civilistici, esclusivamente l'intervento *ad adiuvandum*, esponendo ragioni a sostegno del gravame del concessionario, ma senza la possibilità di ampliare il tema *decidendum* proposto dal concessionario stesso.

⁷ T.A.R. Lazio – Latina, sent. 11 aprile 2005, n. 340.