

Il decreto sviluppo e la gestione dei beni demaniali: un condono mascherato degli abusi realizzati su demanio e molto altro...

A cura dell'Avv. Valentina Stefutti

Il decreto legge approvato dal Consiglio dei Ministri in data 4 maggio 2011 "*Semestre europeo - recante prime disposizioni urgenti per l'economia*" pone diverse problematiche di compatibilità sia con numerose disposizioni di diritto interno, sia, in ogni caso, con la Direttiva europea 2006/123/CE (cd. Direttiva Servizi o Direttiva Bolkestein) con particolare riferimento all'art. 3 ("*Coste, Reti d'impresa, "Zone a burocrazia zero", Distretti turistico - alberghieri, nautica da diporto*") a mente del quale "*per incrementare l'efficienza del sistema turistico italiano... è introdotto un diritto di superficie avente durata di novanta anni... sulle aree già occupate lungo le coste da edificazioni esistenti, aventi qualunque destinazione d'uso*".

Non pare ozioso rammentare che, nel gennaio 2009 la Commissione Europea aveva trasmesso al Governo Italiano una nota di "messa in mora nell'ambito della procedura di infrazione n. 2008/4908" volta a verificare la compatibilità dell'art. 37 del Codice della Navigazione con i principi di cui all'art. 43 Trattato e dell'art.12 di cui alla Direttiva servizi 06/123/CE citata, il cui termine di recepimento, per gli Stati Membri, era fissato al 28 dicembre 2009.

Con successiva nota dell'agosto 2009, la Commissione Europea aveva altresì chiesto la verifica della compatibilità della normativa di cui all'art. 1, comma 2 del DL 400/1993, convertito nella legge 494/1994, e successivamente modificato dall'art. 10 della legge 88/2001.

Da una semplice lettura della normativa italiana si evince che la procedura di infrazione riguarda i seguenti due aspetti del regime concessorio afferente i beni demaniali marittimi:

1. il diritto preferenziale di insidenza di cui all'art. 37 c.n..
2. il rinnovo automatico della concessione alla scadenza sessennale

A parere della Commissione Europea, detti due aspetti contrastavano, e contrastano, con i principi di libertà di stabilimento delle imprese comunitarie (art. 43 Trattato CE) e di imparzialità, trasparenza e pubblicità delle procedure di selezione dei concessionari (art. 12, direttiva 2006/123/CE).

L'art. 12 della Direttiva Servizi, al comma 1, stabilisce infatti che *“qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali (...) gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento”*, mentre, al comma 2, che *“nei casi di cui al paragrafo 1 (selezione imparziale, trasparente e pubblica in caso di più potenziali candidati), l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente”*.

Le concessioni balneari, che nel nostro paese, sino ad oggi, hanno assunto la forma della concessione-contratto, si annoverano, all'evidenza, nelle autorizzazioni il cui numero è limitato, con la conseguenza di rendere pienamente applicabile al Direttiva Bolkestein. Le norme, del resto, sono chiare e non si prestano, per gli effetti, a difformi interpretazioni.

Al contempo, l'art.49 del Trattato, vieta espressamente le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato Membro nel territorio di un altro Stato membro nel quadro del mercato interno, di tal che ogni persona fisica o giuridica deve poter partecipare in modo stabile e continuo anche in uno Stato Membro diverso da quello di origine, senza essere soggetta – e qui viene in essere il punto nevralgico della questione – a normative di diritto interno che non rispettino il principio della parità di trattamento, in un contesto in cui, nella specie, non paiono neppure invocabili le deroghe stabilite dagli artt. 51 e 52 del Trattato in materia di restrizioni alla libertà di stabilimento.

Più in generale, come da consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, devono ritenersi incompatibili con il diritto comunitario le normative nazionali dei singoli Stati Membri che abbiano l'effetto di rendere più difficile l'accesso al mercato da parte degli operatori provenienti dagli altri Stati Membri.

Conclusivamente, la Commissione europea ritiene che lo Stato italiano, nella parte in cui riconosce il diritto di insistenza in capo al titolare della concessione, prevedendo il rinnovo automatico delle concessioni demaniali, fosse venuta meno agli obblighi che incombevano su di esso in virtù dell'art.12 della Direttiva Servizi, nonché dell'art.49 del Trattato.

In sostanza, la Commissione contesta la legittimità del cosiddetto “diritto d'insistenza” sancito dall'art. 37 del Codice della navigazione italiano, consistente nell'attribuire priorità, a scadenza, all'attuale concessionario nel riassegnare la concessione stessa.

Tale principio, sosteneva la Commissione, non sarebbe compatibile col diritto comunitario in materia di libera concorrenza. Con la diretta conseguenza che, alla sua scadenza la concessione dovrebbe essere riassegnata con procedure d'evidenza pubblica garantendo il rispetto dei principi concorrenziali e, per gli effetti, che questa venga aggiudicata al soggetto capace di garantire i più alti standard qualitativi, sotto il profilo dei servizi resi al pubblico, nel pieno rispetto del regime vincolistico che grava sul demanio costiero e su cui si riferirà brevemente *infra*.

All'avvio della procedura d'infrazione lo Stato italiano rispose, in sede di Decreto "Milleproroghe" con una sorta di moratoria che stabiliva uno "status quo" fino al 2015 e con la contestuale abrogazione dell'art. 37. Esaurita la moratoria, le concessioni sarebbero state assegnate con procedure di evidenza pubblica, così come richiesto dal diritto comunitario.

La Commissione Europea pur prendendo atto di tale modifica, sottolineava come la normativa italiana contenesse ulteriori profili di illegittimità in relazione alla durata delle concessioni, per cui la procedura di infrazione non poteva in alcun modo ritenersi superata.

In tal contesto, e con la procedura di infrazione n.2008/4908 ancora pendente e non certo in via di risoluzione, il Governo italiano, per tramite dell'art.3 citato in premessa, che, per gli effetti pare scontare un grave vizio di costituzionalità anche ai sensi dell'art.11 Cost., ha inteso trasformare le concessioni di che trattasi in diritti di superficie, vale a dire di diritti reali di godimento di stampo esclusivamente privatistico, di durata novantennale, come tali disciplinate dagli artt. 952 ss. c.c.

Non pare ozioso sottolineare, sul punto, che, una volta costituito il diritto di superficie, il proprietario del suolo, che nella fattispecie continua ad essere lo Stato, oltre a perdere la facoltà di costruire, non può comunque godere o utilizzare il suolo o il sottosuolo in modo che contrasti con il diritto del superficiario, il quale, avendo la libera disponibilità della costruzione, ha facoltà di alienarla o costituire su di essa altri diritti reali. La costituzione di questo diritto, come noto, vale inoltre a sospendere il principio di accessione, con le conseguenze che a breve si andranno ad illustrare.

Come si vede, persino a prescindere dal contenzioso comunitario ancora in atto, che tale modifica normativa, lungi dal risolverlo, contribuisce, all'evidenza, ad aggravare, con gravissimo nocumento per l'Erario in caso di (nella specie inevitabile, *rebus sic stantibus*) deferimento alla Corte di Giustizia e conseguente pronuncia di condanna a carico dello Stato italiano, la norma varata dal Governo, pare porsi in ineludibile contrasto con quanto stabilito dal combinato disposto degli artt. 822 s. c.c. e 28 c.n. e con il regime che governa i beni demaniali nel suo complesso.

Nell'ambito della categoria dei beni pubblici, i beni appartenenti al demanio marittimo sono oggetto di una disciplina propria, desumibile, oltre che dai principi generali contenuti nel codice civile, anche dalle specifiche norme dettate dal codice della navigazione.

Come chiarito, (*recte*: ribadito) dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nella recentissima sentenza 14 febbraio 2011 n.3665, il regime giuridico cui è sottoposto il bene demaniale, così come disegnato dall'art.823 c.c. prevede, come conseguenza derivante dalla loro natura di *res extra commercium*, l'esclusione dalla sfera dei rapporti patrimoniali privati. Di conseguenza i beni demaniali sono inalienabili, imprescrittibili ed inespropriabili.

Dall'incommerciabilità discende che questa categoria di beni non possa in nessun caso formare oggetto di negozi giuridici e dunque non possa essere oggetto di trasferimento a terzi, con la conseguenza che la violazione del divieto implicherebbe in ogni caso la nullità dell'atto di trasferimento. Inoltre, dal disposto dell'art. 1145 c.c. "Il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto" con la conseguenza di rendere i beni demaniali altresì inusucapibili.

Ne consegue che il bene demaniale, quale *res extra commercium*, non possa essere oggetto di rapporti patrimoniali privati, come invece, di fatto, prevede la norma testè varata dal Governo, né possa essere posseduto da terzi o occupato senza la prescritta concessione.

Sempre dalla particolare destinazione agli usi pubblici discende l'imprescrittibilità e l'inespropriabilità stante che, in caso contrario, verrebbe consentito, come in effetti, sotto il profilo sostanziale, la norma testè varata dal Governo invece consente, il mutamento della destinazione demaniale al di fuori delle regole pubblicistiche.

Del resto, per definizione, i beni pubblici puri, quali sono i beni demaniali, sotto il profilo economico, si caratterizzano proprio per l'assenza di rivalità e nella non escludibilità nel consumo, sì che il consumo di un bene pubblico da parte di uno o più individui non può mai comportare la compressione del diritto di altri di fruirne in egual misura.

Ciò posto, la modifica normativa, cambinandone il regime giuridico, non solo consente agli attuali concessionari di prorogare sostanzialmente *ad libitum* le concessioni di cui sono titolari, ma innesca un meccanismo idoneo, di fatto, a sottrarre tali beni, che pure formalmente restano di proprietà dello Stato, alla libera fruizione della collettività e persino dello Stato stesso che pure ne è proprietario.

Va da sé che, in tale contesto, la norma di cui all'art.42 c.n. che consente, alle condizioni ivi poste, tra cui si annovera, all'evidenza, il superiore pubblico interesse, la revoca senza indennizzo della concessione, venga radicalmente svuotata di contenuto.

Il provvedimento, così come articolato, porta, sotto il profilo sostanziale, in fragorosa violazione degli artt. 3, 97 e 42 Cost., il demanio marittimo sotto un regime privatistico, facendo venire meno l'interesse pubblico sotteso al rilascio delle concessioni, che pure, come testè illustrato, sino ad oggi ha costituito l'elemento fondante della disciplina dei beni demaniali.

Sul punto, non può non appuntarsi come, partendo dal presupposto che la demanialità risulta essere una qualità intrinseca ed immanente al bene, corrispondente ad una situazione di fatto e non già di diritto (cfr. sul punto, *ex multis*, Cass.pen. III n.20124/04 cit.), a fronte della natura demaniale di un'area ovvero di un bene, l'eventuale procedimento amministrativo di cui agli artt. 32 c.n. e 58 reg. nav. viene ad assumere valore meramente ricognitivo e non costitutivo della demanialità.

In buona sostanza, sino ad oggi, per poter positivamente affermare la demanialità di un bene non occorre l'avvio, né tantomeno la definizione di un provvedimento amministrativo, stante che questa scaturiva da una mera situazione di fatto, nel caso in cui si fosse reso invece necessario dimostrare l'avvenuta sdemanializzazione di un bene, non essendo configurabile, nel nostro ordinamento, alcuna forma di sdemanializzazione tacita, doveva attuarsi quella espressa, mediante uno specifico provvedimento, avente in questo caso carattere costitutivo e non già meramente dichiarativo, da rilasciarsi a cura della competente Autorità amministrativa (cfr. sul punto, *ex multis*, Cons. Giust., Amm. – sez. giurid. – 3.9.97 n.331; TAR Sicilia, PA, 14.10.04 n.2273; TAR Lazio, LT, 3.6.93 n.549; Cass. Pen. III 27.2.03 n.16956).

La norma di che trattasi, sotto il profilo sostanziale, consente invece di pervenire, in violazione dell'art.42 Cost., alla sdemanializzazione tacita dei beni (non a caso sin da subito significativamente invocata dai concessionari/superficiari), senza seguire le procedure legislativamente previste.

Né, sotto altro profilo, deve trarre in inganno la circostanza che la norma preveda che *“il diritto di superficie si costituisce sulle aree inedificate formate da arenili, con esclusione in ogni caso delle spiagge e delle scogliere”*.

E questo a cagione di due ordini di considerazioni.

In primis, la norma conferisce un diritto reale di godimento al privato gestore che abbia già edificato opere su demanio, opere che di contro, in forza del regime giuridico previgente, sarebbero state incamerate dallo Stato allo scadere delle concessioni.

In secondo luogo perché, quanto agli arenili e alle aree limitrofe non ancora edificati, su cui, ad oggi, era possibile erigere unicamente chioschi e/o piccole strutture destinate all'attività di affitto di ombrelloni e sdraio, sarà possibile erigere veri e propri manufatti, su cui il superficiario vanterà un diritto reale di godimento, ponendo peraltro, in disparte il chiaro *vulnus* ambientale in relazione ai beni che godono di protezione addirittura a livello

costituzionale, ai sensi e per gli effetti degli artt. 9 e 32 Cost. più di un problema di coordinamento con quanto stabilito dall'art.142 comma 1 lett.a) del D.lgs. 22 gennaio 2004 n.42 s.m.i. che pure degli artt. 9 e 32 citati costituisce pedissequa attuazione (cfr., in particolare, sentenza n. 367/07).

Ma vi è di più. Dalla lettura del combinato disposto di cui agli artt. .3 comma 1 lett.a) e 2, peraltro non di eccelsa formulazione, si evince come il Governo abbia inteso introdurre surrettiziamente una nuova sanatoria edilizia di carattere straordinario, peraltro proprio su beni di proprietà dello Stato *ex lege* gravati da vincolo paesaggistico in funzione del loro pregio e destinati alla pubblica funzione, in aperto contrasto con quanto statuito dalla Corte Costituzionale nella celeberrima sentenza n.196/04, che aveva escluso che il Governo potesse varare un ulteriore condono edilizio dopo quello del 2003 persino nei territori non vincolati.

La norma, invero, così come formulata, da un lato apre la possibilità di edificare entro i 300 metri dalla battigia, senza prevedere che il Ministero dei Beni Culturali possa identificare le aree da ritenersi inedificabili ovvero non oggetto di diritti di superficie.

Sotto altro, e persino più rilevante profilo, l'art. 3 cit., nella parte in cui prevede che *“sulle aree già occupate lungo le coste da edificazioni esistenti, aventi qualunque destinazione d'uso in atto alla data di entrata in vigore del presente articolo, ancorché realizzate su spiaggia, arenile ovvero scogliera, salvo che le relative aree non risultino già di proprietà privata, le edificazioni possono essere mantenute esclusivamente in regime di diritto di superficie”*, non operando neppure alcuna distinzione tra edifici dotati di concessione e quelli abusivamente e quale che sia la loro destinazione e/o alla loro consistenza, realizzati su demanio fino alla data di entrata in vigore della norma, in luogo di provvedere alla loro demolizione, consente di mantenere detti immobili in regime di superficie, introducendo, per la prima volta nel nostro ordinamento, un'ipotesi di sanatoria straordinaria dei manufatti abusivamente realizzati sul demanio.

Da ultimo, problemi di coordinamento si pongono in relazione a quanto stabilito al comma 6 lett.b) del precitato art.3 che estende la portata del disposto di cui all'art.43 della legge 30 luglio 2010 n.122 in tema di zone cd. a burocrazia zero.

Laddove l'art.43 cit. limitava la propria portata applicativa alle sole zone non gravate da vincolo e situate nel “meridione d'Italia” (peraltro non meglio identificato) la disposizione di che trattasi, normando i distretti turistici-alberghieri, da identificarsi quali ulteriori zone a burocrazia zero, pare porsi in ineludibile contrasto con quanto stabilito dall'art.142 comma 1 lett.a), che sottopone le aree costiere ad una pregnante vincolistica, e per gli effetti, con gli artt. 9 e 32 Cost. di cui l'art.142 costituisce, per consolidata giurisprudenza amministrativa, di legittimità e costituzionale, precipua attuazione.

La norma, peraltro, varata per tramite dello strumento del decreto legge, sconta, *ictu oculi*, insuperabili vizi di costituzionalità, stante che questa pare difettare, a dir poco fragorosamente, dei requisiti che legittimanti la decretazione di urgenza, ponendosi in contrasto con i precetti disegnati agli artt. 70, 76, 77, 3 e 97 della Carta Costituzionale.

In argomento, non può non rammentarsi quanto statuito dalla Corte Costituzionale nella storica sentenza n.171/07, che ha rappresentato un elemento di innovazione nell'ambito della giurisprudenza costituzionale in tema di presupposti della decretazione d'urgenza. Si è trattato, come noto, del primo caso in cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di un decreto-legge non a motivo della sua reiterazione, bensì per la mancanza dei presupposti di cui all'articolo 77, comma secondo della Costituzione ("casi straordinari di necessità e urgenza").

Nella medesima pronuncia, peraltro, il Giudice delle Leggi ha chiarito, la Corte ha infatti ritenuto di tenere fermo l'indirizzo secondo cui il difetto dei requisiti del "caso straordinario di necessità e d'urgenza", una volta intervenuta la conversione, si traduce in un vizio in procedendo della relativa legge.

In buona sostanza, il Giudice delle Leggi, nella pronuncia in parola, ha dato continuità all'orientamento, inaugurato dalla sentenza n. 28/95 secondo cui, alla legge di conversione non potrebbe mai essere attribuita efficacia sanante del decreto legge viziato, in forza della novazione della fonte, ma, di contro, è proprio la patologia che affligge il provvedimento d'urgenza a trasmettersi alla legge che lo ha convertito.

Di tal che neppure l'eventuale conversione del decreto da parte del Parlamento potrebbe svuotare di contenuto i rilievi che precedono.

Illuminante, sul punto, la seguente massima: *"il difetto dei requisiti del 'caso straordinario di necessità e d'urgenza' che legittimano l'emanazione del decreto - legge, una volta intervenuta la conversione, si traduce in un vizio in procedendo della relativa legge. Il suddetto principio è funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso. Infatti, l'opposto orientamento, secondo cui la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto, comporta l'attribuzione in concreto al legislatore ordinario del potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie. Inoltre, in considerazione del fatto che in una Repubblica parlamentare, quale quella italiana, il Governo deve godere della fiducia delle Camere e che il decreto - legge comporta una sua particolare assunzione di responsabilità, si deve concludere che le disposizioni della legge di conversione in quanto tali - nei limiti, cioè, in cui non incidano in modo sostanziale sul contenuto normativo delle disposizioni del decreto, come nel caso in esame - non possono essere valutate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, autonomamente da quelle del decreto stesso. Infatti, l'immediata efficacia del decreto - legge condiziona l'attività del Parlamento, che si trova a compiere le proprie valutazioni e a deliberare*

con riguardo ad una situazione modificata da norme poste da un organo cui di regola, quale titolare del potere esecutivo, non spetta emanare disposizioni aventi efficacia di legge". (Corte Cost. n.171/07)

Nella specie, al contempo, sia la norma di che trattasi, contenuta all'art.3, sia l'intero impianto del decreto legge in discorso, paiono clamorosamente difettare anche del secondo requisito richiesto per il legittimo esercizio della decretazione di urgenza, quale è quella della omogeneità, così come stabilito dall'art.15 della legge 23 agosto 1988 n.400.

Orbene, è già dalla semplice titolazione degli articoli che si evince l'eterogeneità del decreto, contenente norme nelle materie più disparate, dall'edilizia alle concessioni demaniali, dalla normativa sugli appalti a quella sulle rinegoziazione dei mutui, dalle misure volte a garantire l'operatività del Corpo dei Vigili del Fuoco a quelle in materia di valutazione ambientale strategica (su cui lo Stato Italiano ha già incassato una pesantissima condanna da parte della Corte di Giustizia), dalle misure in materia di servizi idrici a quelle in materia di privacy ecc.

E' in questo quadro che si collocano due significativi interventi della Presidenza della Repubblica, che ha fornito alcune indicazioni sul corretto utilizzo di tale fonte del diritto.

Nel corso della XIV legislatura, il Capo dello Stato pro tempore, nel messaggio di rinvio alle Camere della legge di conversione del d.l. 25 gennaio 2002, n. 4 aveva sottolineato come la legge 400/1988 *"pur essendo una legge ordinaria, ha valore ordinamentale in quanto è preposta all'ordinato impiego della decretazione d'urgenza e deve quindi essere (..) rigorosamente osservata"*. Per gli effetti, in tema di requisiti della decretazione d'urgenza, il Presidente della Repubblica invitava: 1) il Governo a seguire criteri rigorosi nella predisposizione dei decreti-legge e a vigilare in sede di conversione al fine di evitare che il testo originario venisse trasformato fino a divenire non più rispondente ai presupposti costituzionali e ordinamentali; 2) i competenti organi parlamentari - segnatamente le Commissioni competenti in sede primaria e consultiva - a svolgere identica e rigorosa vigilanza durante l'esame della legge di conversione. Ed ancora, in occasione del varo dell'ultimo Decreto Milleproroghe, il Capo dello Stato ha ricordato la necessità di ricondurre *"la decretazione d'urgenza nell'ambito proprio di una fonte normativa straordinaria ed eccezionale, nel rispetto dell'equilibrio tra i poteri e delle competenze del Parlamento, organo titolare in via ordinaria della funzione legislativa"*.

Di tal che, palmare deve ritenersi il contrasto della norma in discorso con i precetti dettati dagli artt. 3, 97, 42, 70, 77 Cost. , oltre che dall'art.11 in relazione al diritto comunitario, da intendersi parimenti violato.

Valentina Stefutti

Publicato il giorno 11 maggio 2011