

Il diritto di accesso al mare*

1-Non ricordo più quale sia stata la ragione per cui, quando nell'indicare all'ottimo prof. Granara l'argomento da trattare nel convegno di oggi, abbia scelto questo tema. Credo debba essere ricercata sia nel fatto che mi era sembrato semplice da affrontare sia nel fatto che toccasse più da vicino i cittadini. Ora non ne sono più tanto sicuro, almeno della prima ragione.

L'argomento, scomposto appunto nei suoi termini di più elementare semplicità, consiste nel risolvere il problema di come garantire l'esercizio del diritto, ammesso che esista, di tutti ad accedere al mare quando sulla stessa porzione di spiaggia insistano strutture balneari o di altro tipo, che derivino da concessioni o autorizzazioni amministrative.

Ogni anno, all'inizio della stagione balneare, si pone il problema, che in passato è stato anche oggetto di campagne rivendicative da parte delle organizzazioni dei consumatori e degli utenti.

2- E' il caso di procedere all'inquadramento giuridico della questione, cominciando dalla natura del bene su cui insorge il conflitto di interessi.

L'articolo 822 del codice civile include tra i beni 'riservati' quelli appartenenti al demanio marittimo, identificati nel lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti. Tali beni sono ulteriormente definiti dall'articolo 28 del codice della navigazione, che fa riferimento anch'esso al demanio marittimo, ricomprendendovi: <<a) il lido, la spiaggia, i porti e le rade; b) le lacune, le foci dei fiumi che sboccano al mare, i bacini d'acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare; c) i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo>>.

In passato è stato messo in evidenza come entrambi gli elenchi contenuti nei due codici coevi non abbiano risolto il problema delle individuazione di quei beni del demanio marittimo che avevano dato luogo a notevoli incertezze e su cui era intervenuta la giurisprudenza, ossia le lagune e gli arenili.

Per quanto riguarda le lagune, ossia gli specchi d'acqua in immediata vicinanza al mare, la loro natura demaniale sussiste ogni qualvolta vi sia la libera comunicazione con esso. L'elemento morfologico della comunicazione con il mare, tuttavia, non costituisce l'unico indicatore della demanialità, essendo necessario

che il bacino d'acqua salsa sia suscettibile delle stesse utilizzazioni proprie del mare.

Lasciando da parte il problema legato alle lagune -anche se non va sottaciuta la nota e dibattuta vicenda giudiziaria delle "Valli da pesca della laguna di Venezia", nella quale la Corte di cassazione con tre sentenze coeve del 2011, ne ha confermato sì la natura demaniale affermata dalla Corte d'appello territoriale, ma ha incentrato la *ratio decidendi* sulla nozione di bene comune, ossia come bene strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti cittadini, a prescindere dalla proprietà pubblica o privata del bene medesimo- era apparso subito insufficiente e privo di valore giuridico il riferimento agli <<arenili>> da ricomprendere nella nozione di spiaggia.

Certo è che il codice civile distingue tra lido e spiaggia.

In dottrina il lido del mare è stato identificato in quella porzione di riva a contatto diretto con le acque del mare da cui resta normalmente coperta per le ordinarie mareggiate, sicché ne riesce impossibile ogni altro uso che non sia quello marittimo; la spiaggia, invece, è costituita non solo da quei tratti di terra prossimi al mare, che siano sottoposti alle mareggiate straordinarie, ma comprende anche l'arenile ossia quel tratto di terraferma che risulti <<relitto>> dal naturale ritirarsi delle acque, restando comunque idoneo ai pubblici usi del mare, anche se in via soltanto potenziale e non attuale.

In generale, la giurisprudenza ha individuato quali criteri di identificazione dell'appartenenza di un bene al demanio marittimo, oltre alle caratteristiche fisiche, la sua prossimità al mare; l'iscrizione del bene nel demanio dello Stato; l'idoneità attuale del bene a servire ai pubblici usi del mare (gli usi attinenti alla navigazione, accesso, approdo di natanti, balneazione e pesca); la mancanza di un provvedimento esplicito di sdemanializzazione da parte della pubblica amministrazione o di comportamenti manifestamente incompatibili con la volontà di mantenere il carattere demaniale del bene medesimo.

3- Il collegamento necessario con il mare, che è il mare territoriale, porta con sé il problema se questo costituisca o meno bene demaniale.

Esso infatti non è compreso tra i beni del demanio marittimo elencati negli articoli suddetti, anche se questo non è indicativo non avendo l'elenco un valore tassativo. Per converso cospira per la demanialità del mare territoriale il fatto che

gli impianti e gli stabilimenti situati in esso abbiano lo stesso regime concessorio previsto per le installazioni poggiate sul demanio marittimo.

Sembrerebbe così che i caratteri della demanialità costituiscano il logico presupposto su cui si fonda il regime della concessione di diritti esclusivi di pesca, il riconoscimento di diritti perpetui acquistati dal privato in passato, i permessi di ricerca e le concessioni di coltivazioni di idrocarburi anche nel mare territoriale e della piattaforma continentale.

Tuttavia, la migliore scienza giuridica e la giurisprudenza prevalente sembrano concordare nel ritenere che il mare territoriale non costituisca un bene demaniale o patrimoniale dello Stato, ma sia una *res communis omnium*, che tutti possono utilizzare per i loro bisogni.

E qui sorge il problema dell'accesso, che può essere impedito o fortemente ostacolato dall'uso che altri soggetti, in virtù di titoli concessori legittimamente conseguiti dalle amministrazioni, che altrettanto legittimamente li ha rilasciati sulla base del regime giuridico proprio dei beni di accesso, ossia la spiaggia e gli arenili.

E' il caso di sorvolare sull'appartenenza dei beni demaniali marittimi, ossia se appartengano allo Stato o alle Regioni; tema questo che ha conosciuto un complesso succedersi di leggi di decentramento, da quello operato dalla l. 281 del 1970, dal Dpr. n. 616 del 1977 fino alla l. n. 979 del 1972 e altre successive.

Certo è che competenti al rilascio delle concessioni sono le regioni, che possono avvalersi delle capitanerie di porto e degli uffici da essi dipendenti.

La concessione dei beni può essere rilasciata, oltre che per i servizi pubblici e per i servizi e attività portuali e produttive, anche per la gestione di stabilimenti balneari; per esercizi di ristorazione somministrazione di bevande, cibi precotti e generi di monopolio; per il noleggio di imbarcazioni e natanti in genere; per la gestione di strutture ricettive di attività ricreative e sportive; per esercizi commerciali; per servizi di altra natura e conduzione di strutture ad uso abitativo.

In ordine alle tipologie di concessioni si distinguono in concessioni per licenza, con durata non superiore al quadriennio, e concessioni per atto pubblico, con durata superiore a quattro anni. Tale distinzione è strettamente connessa alla presenza o meno di impianti di difficile sgombero da realizzare sulla porzione di demanio oggetto della richiesta di concessione.

La determinazione e la percezione del canone di concessione relativo a beni appartenenti al demanio marittimo rimane allo Stato.

Certo è che l'amministrazione procedente dispone di un'ampia discrezionalità e la preferenza deve essere accordata al richiedente che offre maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che risponda ad un più rilevante interesse pubblico (art. 37 codice della navigazione).

La normativa prevede espressamente un diritto di insistenza del concessionario sul bene oggetto della concessione e la preferenza al concessionario qualora alla scadenza richieda un rinnovo in concomitanza di altre richieste.

Sulla questione è intervenuta la Corte Costituzionale con una sentenza di questi giorni (sent. n. 118 del 7/6/2018), stabilendo la piena legittimità di una norma regionale laddove prevede che i comuni debbano garantire il rilascio di nuove concessione, però senza pregiudizio del legittimo affidamento degli imprenditori balneari titolari di concessioni rilasciate anteriormente al 31 dicembre del 2009.

4- Nonostante il fitto tessuto normativo, il conflitto di interessi tra il semplice utente, il concessionario e chi utilizza a pagamento le strutture balneari continuava ad esserci. Tant'è che il legislatore è dovuto intervenire con la legge finanziaria n. 296/2006, che, all'articolo 1, comma 251, ha stabilito:«è fatto obbligo per il titolare delle concessioni di consentire il libero e gratuito accesso di transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine della balneazione». Analoga previsione è rinvenibile al comma 254, dove si legge che:«Le regioni, nel predisporre i piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo, sentiti i comuni interessati, devono individuare le modalità e la collocazione dei varchi necessari al fine di consentire il libero e gratuito accesso di transito per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione».

Le norme indicate hanno da subito posto una molteplicità di interrogativi riguardanti la compatibilità della legge con le concessioni balneari in corso e in particolare il diritto di accesso e di transito all'interno degli stabilimenti balneari; e se fosse consentita la possibilità o meno di sostare all'interno degli stessi ai fini della balneazione.

Altra questione controversa è stata quella riguardante il contemperamento del diritto dei bagnanti ad utilizzare liberamente la battigia con quello dei fruitori dei servizi offerti dagli stabilimenti balneari, senza subire ostacoli ed ostruzioni da parte dei bagnanti non paganti.

La mancanza di interpretazioni autentiche, o di circolari esplicative, ha prodotto vari orientamenti interpretativi che hanno dato luogo ad applicazioni divergenti. Peraltro è mancato anche il formarsi di una giurisprudenza consolidata, anzi si può dire che non vi è giurisprudenza, anche perché i casi venuti all'esame della giurisprudenza amministrativa si sono fermati alla fase cautelare del giudizio.

In un primo momento le amministrazioni hanno manifestato una certa prudenza, preferendo una interpretazione restrittiva sia pur costituzionalmente orientata. Secondo questa lettura il diritto di accesso e di transito sarebbe consentito soltanto quando il Comune non avesse conservato alla collettività spiagge ad utilizzo libero oppure non fosse stato possibile alcun accesso a tali spiagge, se non attraverso l'ingresso negli stabilimenti balneari.

È il caso di ricordare che le competenze del Comune in materia di demanio marittimo sono stabilite dagli articoli 42, 2 comma, lett. d) del Testo unico degli enti locali e 105 del dlv. n. 111 del 1991.

Questa impostazione si fondava soprattutto sulla seconda norma della indicata legge finanziaria, ossia sul concetto che la *ratio legis* fosse quella di assicurare ai cittadini "un corretto equilibrio tra aree concesse e arenili liberamente fruibili".

Secondo questa lettura, il diritto di accesso e transito va inteso soltanto come possibilità per il privato di entrare all'interno degli stabilimenti e utilizzare l'area antistante lo stabilimento per raggiungere la spiaggia libera.

Successivamente si è affermata una visione contraria, laddove la prassi delle amministrazioni locali era nel senso di considerare sempre azionabile il diritto di accesso e transito all'interno degli stabilimenti balneari, anche ai fini della balneazione.

È stato questo l'orientamento che ha guidato la regione Liguria e le ordinanze dei principali comuni costieri liguri, come del resto la legislazione pugliese, emiliana e quella di numerosissimi altri centri costieri.

5- Il quadro giurisprudenziale si presenta incerto ed è segnato in particolare da numerose pronunce, in sede cautelare, dei tribunali amministrativi regionali.

Passando in breve rassegna quelle poche che vengono fuori da una non accurata ricerca ve n'è una del Tar Sardegna recente (Sent. Tar Sardegna n. 406/2018), dove, a fronte di un'ordinanza d'urgenza di un comune costiero con cui si ordinava di rimuovere la recinzione che impediva l'accesso al mare apposta dal titolare di

una convenzione (oramai da tempo scaduta) per la realizzazione di un complesso edilizio per uso abitativo, ha ritenuto che lo strumento prescelto dall'amministrazione non fosse quello giusto, essendovi strumenti ordinari per rientrare nella disponibilità dell'area. Di segno opposto è la sentenza (sent. n. 548 del 5 giugno 2018) del medesimo tribunale, dove invece viene ritenuto legittimo lo strumento dell'ordinanza contingibile e urgente del sindaco per ordinare lo sgombero di un'area prospiciente al mare, dove alcune recinzioni impedivano l'accesso al mare.

Vi è poi una ordinanza (n. 1540 del 2015) del Tar Campania, dove si riconosce al Comune il potere di vigilare sul rispetto degli obblighi per i titolari delle concessioni di creare un accesso pedonale aperto in ogni ora e per tutto l'anno a coloro che vogliono accedere alla spiaggia, rimuovendo anche i cancelli apribili all'occorrenza.

Sulla stessa linea, il Consiglio di Stato ha rigettato in due ordinanze distinte le istanze cautelari presentate da due operatori balneari di Ostia che si erano appellati contro il provvedimento predisposto dal Campidoglio, che imponeva la rimozione dei cancelli che ostruivano l'accesso libero alla spiaggia. Dopo la decisione del Tar che solo un mese prima aveva definito la presenza dei varchi legittimi, il Consiglio di Stato ha avallato l'operato del Comune di Roma che era andato con le ruspe ad aprire i varchi.

Vi è anche un parere della II sezione del consiglio di Stato (n. 765/1991 del 27/1/1993), dove si stabilisce che è illegittimo il provvedimento di una capitaneria di porto che neghi la concessione di un'area demaniale per la realizzazione di uno stabilimento balneare, in base alla valutazione dell'opportunità che l'area richiesta resti destinata ad area libera, data la limitatezza delle zone idonee, sotto il profilo della sicurezza e della libera balneazione di utenti di età infantile e anziana.

La giurisprudenza della Cassazione si è occupata del tema varie volte, ma la sentenza civile più interessante (16619/2015) riguarda il caso in cui, a fronte di un proprietario che lamentava il fatto che le mareggiate avevano eroso sia la spiaggia e sia parte del giardino della propria abitazione, ha statuito che la demanialità non viene esclusa, essendo il sistema della legge incentrato tutto sul fatto che quel che rileva è la diretta vicinanza al mare.

Tuttavia, la sentenza (Cass. Pen, III, 15268/2001) più eloquente si ha in materia penale, laddove ha ritenuto responsabili del reato di cui all'art. 1161 del codice della navigazione alcuni condomini che avevano nel corso degli anni eliminato attraverso la costruzione di abitazioni un'antica strada che consentiva a tutti di

accedere al mare, statuendo che sul fondo gravasse una servitù collettiva pubblica, esercitata da una collettività indeterminata di soggetti considerati *uti cives*, quali titolari di un pubblico interesse di carattere generale, e non *uti singuli*, quali soggetti che si trovano in una posizione qualificata rispetto al bene che si pretende gravato.

Del supremo giudice amministrativo va infine richiamata la citatissima ordinanza n. 2543/ 2015 della sesta sezione del Consiglio di Stato, che, dirimendo la questione relativa all'accessibilità pubblica alla battigia e al mare, ha precisato che "il demanio marittimo è indirettamente inscindibilmente connesso con il carattere pubblico della sua fruizione collettiva, cui è naturalmente destinato, rispetto alla quale l'esclusività che nasce dalla concessione costituisce eccezione, precisando inoltre che di tale principio generale costituiscono applicazione tra l'altro l'art. 1, comma 251, della legge finanziaria citata, a norma del quale costituisce clausola necessaria del provvedimento concessorio l'obbligo per i titolari delle concessioni di consentire il libero e gratuito accesso e transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione".

Si tratta a tutti gli effetti della prima pronuncia assoluta del Consiglio di Stato sul tema; una pronuncia che afferma con forza il carattere pubblico della fruizione collettiva del demanio marittimo e che considera l'esclusività sorta dalla concessione come una eccezione alla regola.

Sempre secondo i giudici di Palazzo Spada, proprio per questo deve comunque soggiacere ai principi generali dell'ordinamento e quindi naturalmente alla legge. Se non fosse bastato il richiamo diretto alla norma, l'ordinanza ha chiarito il principio dell'accessibilità pubblica alla battigia e al mare. Anzi ha stabilito la necessità di una clausola da inserirsi nel provvedimento concessorio, sgombrando in tal modo ogni dubbio interpretativo o residua resistenza all'applicazione letterale della norma.

5- A questo punto occorre tirare le fila del ragionamento onde evitare di rimanere impantanati in una casistica sterile.

E' di intuitiva evidenza come intorno a questo tema ruotino molti istituti giuridici e tutti di grande momento: la proprietà pubblica, la persona giuridica pubblica, lo sviluppo della personalità, i beni comuni, la tutela, le azioni popolari.

Più semplicemente, in questa sede, credo che il problema sia quello di stabilire se esista un diritto, e se sia *uti cives* o *uti singuli*, in capo a colui che voglia accedere al mare e utilizzare la spiaggia a fini di balneazione, e quali siano i suoi limiti.

Il tema si inserisce nell'ampio dibattito sulla rivalutazione dei beni comuni e sul rapporto giuridico che i cittadini hanno con essi.

I beni che vengono in rilievo hanno formalmente natura demaniale. Ma già da tempo la tradizionale ripartizione tra beni demaniali e beni patrimoniali disponibili e disponibili non riesce a contenere la realtà economico sociale che sta dietro il fenomeno in esame.

La tripartizione era stata già messa in discussione da M. S. Giannini, che aveva anche gettato le basi delle discipline dei beni culturali e ambientali. La classificazione Gianniniana non è basata sull'elemento descrittivo suddetto, ma su due interrogativi: a chi e a cosa servono i beni pubblici. Le risposte che il grande maestro ha dato risolvono il problema dell'appartenenza e delle relazioni giuridiche tra i soggetti pubblici e privati il cui oggetto sia un bene. Egli individua alcuni beni a fruizione collettiva, altri ad uso esclusivo dello Stato (difesa), altri ancora destinati al consumo (arredi), oppure solamente gestiti (foreste in miniere), o soggetti al regime privatistico (edifici).

Nell'esperienza contemporanea, il bene -inteso come entità materiale capace di soddisfare un'esigenza del soggetto- tende sempre più a svincolare la propria tutela dal profilo della titolarità per proiettarla sul piano dell'utilizzazione e del godimento. Emblematici di questa realtà sono appunto i beni comuni, destinati per loro natura ad una proiezione diffusa e quindi intrinsecamente sottratti ad ogni forma di titolarità, sia di natura pubblica sia di natura privata.

Con l'espressione beni comuni ci si intende genericamente riferire ad una risorsa condivisa da un gruppo di persone; gruppo che può essere ristretto o ampio. Ciò lascia intendere che nel processo evolutivo delle classiche categorie giuridiche l'alternativa pubblico-privato non vale più a designare ciò che è di tutti rispetto a ciò che appartiene solo ad alcuni. L'alternativa pubblico-privato non è più in grado di assorbire tutta la teoria dei beni, perché vi sono dei beni così intimamente connessi alle più essenziali esigenze di vita dell'uomo che si sottraggono a qualunque forma appropriativa non potendo che appartenere a tutti.

Tuttavia nel caso di specie non si può escludere il potere dell'amministrazione di consentire l'uso produttivo della spiaggia da parte del concessionario. Qui

s'innesta il problema se quest'uso debba necessariamente rispettare l'esistenza di un godimento generalizzato dei beni.

Il punto più delicato riguarda la possibilità di individuare in capo al cittadino un'azione specifica per difendere l'indicata possibilità di godimento.

La risposta ci viene proprio dagli ultimi orientamenti della Corte di cassazione nelle sentenze del 2011 già citate, e che riguardavano le Valli da pesca della laguna di Venezia, laddove anche il supremo giudice civile ha aperto la possibilità di esperire un'azione popolare anche in presenza di un bene demaniale, che postula l'esistenza di un regime giuridico che si muove all'insegna della demanialità; il che vuol dire non assegnare alla sola pubblica amministrazione la tutela del bene.

La "ratio decidendi" di quelle le pronunce si incentra sulla nozione di bene comune e non di bene demaniale, ponendo al centro la funzione del bene, ossia il suo essere strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini. Insomma si fonda sulla sua destinazione all'uso pubblico, a prescindere dalla proprietà.

Questa credo che la via da seguire sia quella indicata all'inizio, ossia che tutto si sposta sulla capacità di composizione concreta da parte delle pubbliche amministrazioni dei diversi interessi in collisione tra loro, tenendo conto del fatto che anche il singolo cittadino è diventato titolare di una posizione soggettiva a protezione del suo diritto a godere del bene.

Prof. Gianpiero Paolo Cirillo

Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

pubblicato il 28 giugno 2018

*Relazione tenuta al convegno in litore maris in Sestri Levante i giorni 15 e 16 giugno 2018.