



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DI DOTTORATO IN DIRITTO ED ECONOMIA DEI SISTEMI PRODUTTIVI

Ciclo XXVIII

La recente riforma dei porti in Brasile (L. n. 12.815/2012 del 5.6.2013).
Comparazione sul sistema portuale brasiliano ed italiano
nei rispettivi scenari del Mercosur e dell'Unione Europea

Direttore:

Chiar.^{mo} Prof. MICHELE M. COMENALE PINTO

Tutor:

Chiar.^{mo} Prof. PAOLO L. CARBONE

Tesi di dottorato di:

Dott.ssa TANIA BORTOLU

Anno Accademico 2014-2015

INDICE SOMMARIO

Premessa.....	4
---------------	---

CAPITOLO PRIMO

EVOLUZIONE STORICO-GIURIDICA DEL SETTORE PORTUALE BRASILIANO

1. Genesi del diritto portuale brasiliano.....	6
2. Consolidamento del diritto portuale brasiliano. Costituzioni dal 1934 al 1969.....	11
3. La legislazione portuale ordinaria a partire dal governo Vargas.....	16
4. La <i>Constituição</i> del 1988.....	25
5. Il settore portuale alla luce della Lei Federal n. 8.630/1993.....	34
6. Bevi cenni sulla legislazione ordinaria e secondaria dopo la promula- gazione della Lei n. 8.630/1993.....	42

CAPITOLO SECONDO

L'ATTUALE SCENARIO PORTUALE BRASILIANO

1. Brevi considerazioni generali.....	47
2. Il nuovo quadro normativo del settore portuale.....	53
2.1 La natura giuridica della <i>exploração</i> portuale.....	54
2.2 La struttura dei Porti Organizzati alla luce del nuovo <i>marco re- gulatorio</i>	61
2.3 La <i>exploração</i> dei Porti Organizzati.....	66
2.3.1 La <i>concessão</i>	66
2.3.2 Le problematiche inerenti la <i>terceirização</i> diretta all'interno del regime di concessione, la sub-concessione e il trasferimento del controllo societario.....	71
2.3.3 L' <i>arrendamento</i>	77
2.3.4 Il procedimento <i>licitatório</i> per le concessioni e gli <i>arren- damentos</i>	83

2.4	I Terminali Privati.	88
2.5	Le installazioni portuali pubbliche di piccoli porti, le stazioni di trasferimento dei carichi e i terminal turistici.....	96
3.	Prospettive e criticità del nuovo quadro normativo brasiliano.	100
4.	Il Brasile e le politiche del Mercosur.	109

CAPITOLO TERZO

IL SISTEMA PORTUALE EUROPEO ED ITALIANO

1.	La politica portuale comunitaria dei porti dell'Unione Europea.	115
1.1.	Il Port Paper: obiettivi e criticità.	120
1.2.	Il <i>Port Paper</i> e le aspettative derivanti dal TENT-T.....	125
1.3.	La politica comunitaria sulla concorrenza.....	130
2.	I diversi modelli istituzionali dei porti europei: la proprietà e la gestione.	136
3.	L'assetto istituzionale dei porti italiani.....	140
4.	La struttura istituzionale dei porti italiani.....	147
4.1	Il Presidente dell'Autorità portuale: nomina e funzioni.	147
4.2	Il Comitato Portuale: funzioni e problematiche connesse all'efficienza dell'organo.....	154
4.3	Il Segretario generale e la segreteria tecnico-amministrativa.....	154
4.4	Il Collegio dei Revisori dei Conti e la Commissione consultiva: rispettivi ruoli nell'assetto istituzionale dell'Autorità portuale.....	161
5	Le aree portuali: natura, sfruttamento e pianificazione delle attività.....	163
6	La disciplina delle concessioni portuali italiane tra diritto interno e diritto europeo.	169
7.	La regolazione e i limiti all'esercizio delle operazioni portuali.	175
8.	Proroga, rinnovo e revoca della concessione.	182
	<i>Considerazione conclusive.</i>	189
	Bibliografia.....	193

Premessa

Nell'attuale scenario delle infrastrutture brasiliane pochi settori hanno la rilevanza di quello portuale¹. Ciò non è dovuto solo all'importanza che tale infrastruttura riveste nei Paesi in via di sviluppo, come il Brasile, ove si promuove la realizzazione delle operazioni volte all'incremento dell'importazione e dell'esportazione, ma si deve anche all'esigenza di perfezionamento e di continuità nello sviluppo del quadro legislativo e regolamentare già esistenti.

Tuttavia, in comparazione con altri settori economici aperti all'iniziativa privata a partire dagli anni '90, il settore portuale brasiliano presenta ancora oggi molte problematiche che nel recente passato hanno agevolato speculazioni, incertezze e battute d'arresto, sino a favorire gli investimenti privati in altri settori economici.

Con la promulgazione della Lei n. 12.815/13 il parlamento brasiliano ha inteso modificare profondamente il settore, tanto da incidere sugli schemi di funzionamento dell'intera catena produttiva del Paese che necessariamente interesserà anche l'economia mondiale.

Come è noto, infatti, la Goldman Sachs, nel diffuso rapporto del 2003 sull'economia della prima metà di questo secolo, dal titolo <<Dreaming With BRICs: The Path to 2050>>, noto anche come <<paper n. 99>>, riconosce come il Brasile, insieme a Russia, India e Cina, dovrebbe sorpassare, nel giro di pochi decenni, tutte le più forti economie europee, mutando il quadro economico mondiale².

Poiché il ruolo strategico svolto dai porti è sufficiente a legittimare l'interesse pubblico a garantire l'esistenza e il funzionamento degli impianti portuali, in tutta la storia brasiliana, tale preoccupazione ha interessato l'attuazione legislativa-regolamentare ed ha rafforzato l'iniziativa pubblica volta ad implementare ed ammi-

¹ I numeri dimostrano il ruolo centrale del settore nell'economia del Brasile: nell'anno 2011 il tonnellaggio esportato per via marittima ha rappresentato il 96% del totale merci sportate e l'importato ha raggiunto l'89%. Quanto al flusso commerciale per valore (US\$ FOB), l'industria del settore ha raggiunto l'84% della quantità esportata e il 76% dell'importato. Questi dati si evincono dalla relazione "Panorama da Navegação Marítima e de Apoio de 2011" elaborata dalla Superintendência de Navegação Marítima e de Apoio da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) il 30 maggio 2012, disponibile in: <http://antaq.gov.br/portal/pdf/BoletimPortuario/PanoramaNavegacaoMaritimaApoio2011.pdf>.

² Peraltro già dal 2011 il Brasile è diventata la 6ª economia mondiale superando la Gran Bretagna ed è all'attualità vicina a sorpassare Francia e Germania. Per un'indagine approfondita sul sistema Sudamericano si veda CARBONE P.L., *Latin American System*, in www.comparazionedirittocivile.it.

nistrare i porti. Per secoli, inoltre, la preoccupazione della difesa delle coste ha rafforzato la funzione pubblica delle strutture portuali.

Così, l'obiettivo di questo studio sarà quello di presentare una visione giuridico-amministrativa applicabile al settore portuale brasiliano, al fine di : 1) elaborare una interpretazione delle norme applicabili (anche alla luce della recente modifica approvata al settore dalla Lei n. 12.815/13) che più si attaglia ai dettami di ordine economico costituzionale del Brasile; 2) individuare le questioni più controverse emergenti dai regolamenti e dalla legislazione brasiliana, sia con riferimento al regime applicabile alla mera attività portuale, sia in merito al regime di concorrenza nel settore; 3) individuare il peso della riforma in questione sia a livello interno sia alla luce degli scambi economici mondiali.

Pertanto, il primo passo sarà necessariamente costituito da una ricostruzione storica della legislazione del settore portuale brasiliano, al fine di individuare le norme attualmente applicabili all'uso dei terminal portuali in Brasile, come derivanti dalla Costituzione Federale del 1988 e dalla legislazione del settore.

Infine, non si potrà prescindere da un'indagine di matrice comparatistica tra il sistema portuale del Paese Sudamericano e quello italiano, nei rispettivi scenari del Mercosur e dell'Unione Europea.

**EVOLUZIONE STORICO-GIURIDICA
DEL SETTORE PORTUALE BRASILIANO**

1. Genesi del diritto portuale brasiliano.

I servizi legati al settore portuale brasiliano hanno sempre presentato gran parte delle caratteristiche peculiari dei servizi pubblici, come il controllo statale delle attività, il concetto della prestazione come obbligazione assunta dallo Stato, la restrizione di accesso da parte dei privati, nonostante non vi sia mai stata alcuna menzione legale espressa che qualificasse l'attività come servizio pubblico³.

Tale concezione è da ricercare nel passato storico-giuridico del Paese e, in particolare, nel diritto romano, dal quale quello brasiliano trae la sua origine.

Giustiniano, nelle Istituzioni, recitava: “Tutti i fiumi ed i porti sono pubblici e quindi il diritto di pescare nei porti e nei fiumi è comune a tutti”⁴; la stessa concezione romana, che considera i porti quali beni di uso comune del popolo, fu recepita dalle *Ordenações do Reino de Portugal* e, successivamente, nel libro II, titolo XXVI, cap. 9, Dei Diritti Reali, delle *Ordenações Filipinas*, il cui testo ripete il dispositivo delle precedenti *Ordenações Alfonsinas e Manuelinas*⁵, e recita “*Direito Real he poder crear (...) os portos de mar, onde os navios costumam ancorar, e as rendas e di-*

³ SCHIRATO V. R., *A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil*, in *Revista de Direito Público da Economia*, ano 6, jul./set. 2008, articolo presentato nel III Congresso Ibero-Americano de Regulação Econômica, promosso dalla Associação Ibero Americana de Estudos de Regulação (ASIER), svoltosi a San Paolo (Brasile) dal 25 al 27 giugno del 2008.

⁴ OCTAVIO R., *Do domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal*, 2, San Paolo (Brasile): *Acadêmica*; Saraiva, 1924, p. 74.

⁵ Le *Ordenações Filipinas* furono promulgate nel 1603 da re Filippo II del Portogallo (III di Spagna) e confermate da Dom João IV nel 1643 dopo la fine della dominazione spagnola. Esse erano divise in 5 libri e ricalcavano il modello delle ordinanze anteriori (di D. Alfonso V e D. Manuel). Per un breve excursus storico, in lingua italiana, del diritto brasiliano si veda: FONSECA R.M., *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, XXXIII/XXXIV, p. 963 e ss, HAMZA G., *L'influsso delle tradizioni del diritto romano e del diritto privato europeo-continentale sugli ordinamenti giuridici extraeuropei – Rassegna globale*, in *Diritto @ storia, Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 12/2014, issn 1825-0300.

reito, que de tempo antigo se costumaram pagar das mercadorias, que a elles são trazidas”⁶.

Secondo autorevole dottrina brasiliana⁷, all’epoca, per *Direitos Reais* si intendevano le prerogative di vario tipo che spettavano al Monarca (e successivamente allo Stato), in qualità di capo supremo e, in quanto tale, rappresentante della volontà popolare; in questa prospettiva, i porti erano considerati come una specie di diritto reale, che, nel linguaggio del diritto brasiliano imperiale, corrispondeva ai beni c.d. nazionali (*nacionais*), ovvero quelli che oggi sono denominati beni del popolo (*bens do povo*) o beni di uso comune (*bens de uso comum*).

Si noti che già in questa concezione di diritto pubblico portoghese il c.d. “bene nazionale porto” (*ben nacional porto*) o “bene pubblico porto” (*ben público porto*) inglobava in sé anche le attività in esso realizzate (*rendas e direitos e mercadorias*), per cui il “porto”, nella concezione appena descritta, già annoverava, nel suo stesso concetto, le attività inerenti al suo scopo, oltre che un proprio regime giuridico.

Non a caso, quando nel periodo coloniale ha avuto luogo l’ “Apertura dei Porti alle Nazioni Amiche” (*Abertura dos Portos às Nações amigas*), disposta per mezzo della Carta Régia promulgata da Dom João VI il 28 gennaio 1808, rendendo i porti brasiliani aperti al commercio marittimo internazionale⁸, essa non è stata accompagnata da implementazioni di attività statali vicine agli scali portuali.

Fu nel solo nel 1810 che Dom João VI ordinò la creazione delle *Mesas de Renda*, come le dogane, con lo scopo di raccogliere le tasse in funzione delle attività portuali.

Pertanto, non ci sono dubbi circa l’affermazione che, originariamente, i porti costituivano beni per l’uso comune del popolo, al pari delle strade, delle vie e delle piazze.

⁶ “Diritto Reale ha il poter di creare (...) i porti di mare, dove le navi di solito attraccano, e gli affitti e i diritti, che dall’antichità hanno usato pagare la merce, che loro vengono portati”.

⁷ ALMEIDA C.M., *Codigo Philippino ou ordenações e leis do Reino de Portugal*, Brasilia,; Senado Federal, 2004, t. II, p. 441.

⁸ Precedentemente i porti portoghesi erano stati chiusi per ordine di Napoleone ed il Brasile poteva commerciare solo con la madrepatria. La riapertura verso l’estero fu dettata dalla necessità di esportare i prodotti stoccati nei magazzini brasiliani, poiché le entrate del governo dipendevano in larga parte dal commercio straniero e dalle tasse sull’importazione; inoltre, si rese necessario porre fine o quantomeno limitare il fiorentissimo contrabbando che si sviluppava lungo le coste del Brasile, legalizzandolo, controllandolo e tassandolo. Infine, l’apertura dei porti costituiva una delle clausole poste dalla Gran Bretagna per trasferire e proteggere la famiglia reale portoghese. BURNS, *A History of Brazil*, New York, 1993, p. 113.

Ciò significa, altresì, che, all'epoca, le attività portuali erano accessorie e/o inerenti all'uso del bene pubblico "porto" e, di conseguenza, non potevano godere di una propria autonomia giuridica.

Neppure la prima Costituzione brasiliana del 1824 intervenne sui porti e, mantenendo la tradizione delle Ordenações, l'ordinamento giuridico continuò a considerare le aree portuali come beni di uso comune del popolo⁹.

Solo con il Decreto n. 1.746/1869 del 13 ottobre 1869 fu espressamente istituita la concessione dei porti¹⁰ (*concessão de portos*) e, grazie ad esso, nacquero le prime *Companhias Docas* private del Brasile; ragione per la quale questa norma fu conosciuta anche come la "Lei das Docas"¹¹.

Essa aveva due distinte finalità: I) consentire il miglioramento dei porti già esistenti e II) incentivare la costruzione di nuovi porti; in entrambi i casi attraverso lo

⁹ In questo senso, il Decreto del 13 dicembre 1831, che regolamentò l'uso del porto di Rio de Janeiro, dispose espressamente che, a condizioni prestabilite, qualsiasi nave o imbarcazione potesse attraccare vicino al porto: "Art. 1° Haverá no porto do Rio de Janeiro três ancoradouros para as embarcações mercantes; a saber: um para as que entrarem por franquia, ou arribarem por alguma necessidade ou accidente marítimo; outro para as que esperam descarga, ou tem reexportação, ou baldeação; e outro para as que estiverem à carga. (...) Art. 17. As embarcações mercantes, que entrarem no porto, deverão dirigir-se logo em direitura para o ancoradouro de franquia, que lhes ser indicado pela fortaleza de Santa Cruz, e nelle darão fundo, seja qual for o destino da sua vinda a este porte; e so depois de receberem ahi a visita da Alfândega passarão para o ancoradouro, que lhes pertencer. Os Mestres, ou Capitães de tais embarcações entregarão logo ao Comandante da franquia os manifestos, livros de carga, e listas de passageiros; e o dito Comandante os entregará aos Officiaes da Alfandega quando forem visitar a embarcação. (...) Art. 26. A descarga das embarcações se fará pela maneira estabelecida nas Leis, e Ordens em vigor; com declaração porém que não terá lugar a sahida dos gêneros das embarcações á descarga, quer seja para os trapiches, quer para outros barcos, ou navios, fora das horas do despacho da Alfandega, antes deverá terminar á 1 hora da tarde. A descarga na ponte da Alfândega começará ás 8 horas da manhã, e terminará á 1 da tarde, a fim de haver tempo para se recolherem com a necessaria clareza e cautela os objectos descarregados. (...) Art. 30. As embarcações da guarda, e vigia deste ancoradouro, e seus escaleres, não deixarão atracar ás embarcações nelle surtas embarcação alguma com gêneros sujeitos e direitos de sahida sem irem acompanhados de despacho do Consulado, que feita a descarga, será logo entregue pelo arraes ao Comandante do ancoradouro para o remeter no dia seguinte ao Administrador das diversas rendas".

¹⁰ Precedentemente la Carta de Lei promulgata da Dom Pedro I, il 29 agosto 1828, avvicinandosi alla nozione di "concessione delle opere pubbliche" (*concessão de obra publica*), recepita dagli albori del diritto amministrativo francese, istituì norme "per la costruzione delle opere pubbliche che avessero per oggetto la navigazione dei fiumi, l'apertura del canali, l'edificazione delle strade, dei porti, dei ponti, dei marciapiedi o degli acquedotti" di iniziativa privata; privati che avrebbero recuperato gli investimenti effettuati attraverso la raccolta di "canoni di utenza e di transito" (*taxas de uso e de passagem*).

¹¹ Per il vero, questo Decreto fu conosciuto anche come "Lei de Concessões". Si veda, MARCOS PINTOS CORREIA GOMES, *O setor portuário e o novo marco regulatório*, *Revista Brasileira de Direito Público*, RBDP, Belo Horizonte, Forum, 2003, p. 162.

sfruttamento dell'iniziativa privata. Pertanto, la figura giuridica di base rimase la concessione di opera pubblica ad un investitore privato¹².

Così, il decreto prevedeva la possibilità del governo imperiale di “assumere imprenditori”¹³ per costruire banchine e magazzini, per il carico, lo scarico e lo stoccaggio delle merci di importazione e di esportazione.

Quanto al regime giuridico propriamente detto, la Lei das Docas prevedeva:

- la presentazione al Governo dei progetti dei lavori (art. 1°, par. 1°);
- il controllo del Governo sul capitale della società (art 1°, par. 2);
- il termine della concessione fino a 90 anni, concluso il quale tutte le opere fisse e mobili della società sarebbero appartenute allo Stato;
- la retribuzione dovuta al concessionario sulla base di tariffe proposta dalle società e approvate dal governo imperiale, con regole di revisione ordinaria ogni cinque anni (art. 1°, par. 5°);
- la prerogativa del Governo, in ordine all'amministrazione del porto, di incaricare le compagnie di gestione delle banchine o del servizio di stoccaggio o delle dogane (art. 1, par. 7);
- il diritto dei concessionari di espropriare, nelle forme e nei modi previsti dal decreto n. 1.644, del 27 ottobre 1855, le proprietà e i miglioramenti appartenenti ai privati, siti in terreni necessari alla realizzazione delle loro opere;
- diritto di ispezione del Governo imperiale sull'esecuzione e sui costi delle opere, al fine di assicurare l'esatta conformità alle statuizioni derivanti dai contratti (art. 1, par. 11°).

Pertanto, alla luce del suo contenuto, fu adottato un modello di concessione delle opere pubbliche, il cui risultato restava sotto la responsabilità dell'investitore privato, mentre la concessione doveva comunque essere pagata per il privilegio dello sfruttamento e per la riserva dell'area¹⁴.

¹² DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES I., *Evolução histórico jurídica do regime de exploração de porto no Brasil e o regime na Constituição de 1988*, in *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, jul./set. 2012, p. 146.

¹³ Testualmente “contratar empresários”.

¹⁴ In questo senso, tipico è l'esempio della prima concessione per lavori di miglioramento nel porto di Santos (San Paolo), dove la descrizione dell'oggetto concesso parte dalla nozione di uso e di godimento del bene pubblico da parte del concessionario, ai sensi del *Decreto de concessão n. 9.979/1888*: “*A Princesa Imperial Regente, em Nome do Imperador, Tendo em vista a proposta apresentada em concorrência publica por José Pinto de Oliveira, C. Gaffrée, Eduardo P. Guinle, Joao Gomes Ribeiro de*

A questo proposito, taluna dottrina brasiliana¹⁵ ha affermato che l'uso dei porti del Brasile non era un'attività pubblica, ma privata e soggetta al controllo dello Stato; quest'ultimo, in particolare, contava sull'iniziativa privata per la costruzione ed i miglioramenti dei porti.

Secondo questa interpretazione, anche se il Decreto utilizzava il termine “concessione” per denominare la forma attraverso la quale i privati usavano i porti, non si poteva confondere la concessione imperiale (*concessão imperial*) con la concessione di opera pubblica (*concessão de serviço publico*), in quanto l'attività portuale era essenzialmente di natura privata, soggetta al controllo statale. La questione era per lo più legata alle infrastrutture che alla prestazione del servizio pubblico, categoria questa sconosciuta agli operatori giuridici brasiliani del XIX secolo¹⁶.

La costruzione ed il miglioramento dei porti avveniva mediante un contratto, regolato dalla legge, tra il privato e l'Impero, attraverso il quale veniva riconosciuto il diritto di utilizzare il porto per migliorarlo o costruirlo in un determinato lasso temporale, alla fine del quale i beni divenivano di proprietà dell'*União*. Il Decreto, tuttavia, non specificava quali miglioramenti il porto avrebbe ricevuto, né quali servizi sarebbero stati prestati.

Nel 1886 fu pubblicata la *Lei* n. 3.314, che istituì un sistema alternativo alla concessione dei servizi portuali: l'*arrendamento portuário*¹⁷, mediante il quale il governo imperiale si arrogava la responsabilità dei servizi portuali (con la previsione di

Avelar, Dr. Alfredo Camillo Valdetaro, Benedicto Antonio da Silva e Riberio, Barros & Braga em virtude do edital da Diretoria das Obras Públicas da respectivas Secretaria de Estado datado de 19 de outubro de 1886, ha por bem concedere aos referidos proponentes autorização para construir as obras de melhoramento do Porto de Santos, a que se refere o mesmo edital, observadas as clausulas que com este baixam (...) II - Os concessionários terão uso e gozo das obras de que trata a cláusula precedente pelo prazo de trinta e nove anos a contar da presente data, com os ônus e vantagens estabelecidos pela Lei n. 1.746, de mil oitocentos e sessenta e nove, e de acordo com as estipulações e modificações provenientes das presentes clausulas. Findo esse prazo, reverterão para o Estado, sem indenização alguma, as obras, terrenos e benfeitorias, bem como todo o material rodante da empresa”.

¹⁵ MAYER G., *Regulação portuária brasileira: uma reflexão sob a luz da análise econômica do Direito*, 2009, p. 51, *Dissertação (Mestrado)* - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, disponibile in <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/21807/1/Giovanna%20Mayer%20Dissertacao%20portos.pdf>

¹⁶ Si veda, a tal proposito, JUSTEN FILHO M., *Teoria general das concessões de serviço publico*, p. 50, secondo il quale l'espressione *concessão de serviço publico* era utilizzata, nel XIX secolo, per la “raccolta di fondi di iniziativa privata” (*captação de recursos na iniciadiva privada*).

¹⁷ Da tradursi come “contratto di locazione portuale”.

una sovrattassa per le esportazioni e le importazioni via mare), al fine di sopperire ai problemi derivanti dalla mancata realizzazione dei servizi e dei miglioramenti da parte dei privati nel regime di cui al Decreto del 1869.

In questo senso, l'art. 7°, par. unico, comma 4° della Legge prevedeva che: “*O Governo poderá estabelecer em favor das empresas que se organizarem para melhoramento dos portos do Imperio, além das vantagens a que se refere a Lei n. 1.746 de 13 Outubro 1869, uma taxa nunca maior de 2% em referencia ao valor da importação, e de 1% ao da exportação de cada um dos ditos portos. As taxas destinadas àquele serviço serão arrecadadas directamente pelo Estado, e calculadas de maneira que não excedam o necessario para o juro correspondente ao capital das empresas, a razão de 6% ao anno, e para a respectiva amortização no máximo prazo de 40 annos*”.

Si evince che la distinzione giuridica tra la *concessão* dei porti di cui al Decreto n. 1.746/69 e l'*arrendamento portuário* della Lei n. 3.314/86 era che, nel primo caso, l'obbligazione di costruire e/o di migliorare i porti ricadeva sul concessionario, mentre, nel secondo caso, spettava allo Stato costruire e/o migliorare il bene pubblico, le cui strutture venivano poi locate agli investitori privati.

Tuttavia, in entrambi i casi, si può sostenere che gli istituti interessati riguardavano la forma giuridica di uso (privato) di un bene pubblico, lasciando lo sfruttamento commerciale dei servizi portuali al concessionario privato o al locatario proprio come un'attività intrinseca e/o accessoria all'uso privato¹⁸.

2. Consolidamento del diritto portuale brasiliano: Costituzioni dal 1934 al 1969.

Dopo la rivoluzione del 1930¹⁹, in Brasile si ebbe un consolidamento della legislazione portuale. Come è naturale nei governi accentratori, come fu quello di Getulio Dornelles Vargas, il rafforzamento della legislazione servì per unificare la materia in principi e norme base applicabili a tutti i porti nazionali, ma soprattutto per attua-

¹⁸ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES I., *Evolução histórico jurídica do regime de exploração de porto no Brasil e o regime na Constituição de 1988*, in *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, jul./set. 2012, p. 151.

¹⁹ Per un'analisi storica si veda BURNS E., *A History of Brazil*, op. cit.

lizzare la materia portuale, di fronte ad una serie di riforme politico-economiche conseguenti la Rivoluzione, che miravano ad un “rivoluzione industriale” brasiliana.

In questo contesto, un primo passo si fece con la promulgazione della Costituzione democratico-sociale del luglio 1934, la quale, trattando espressamente la disciplina dei porti, inaugurò la “costituzionalizzazione” dei principi inerenti la materia (soprattutto se paragonata alla precedente Costituzione del 1891, che trattava solo indirettamente e parzialmente l’argomento²⁰).

Passo fondamentale della nuova Costituzione era rappresentato dall’art. 5, che recitava: “*Compete privativamente à União: (...) VIII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radio-comunicacao e navegação aerea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado; (...) XI - prover aos serviços da policia marítima e portuaria, sem prejuízo dos serviços policiais dos Estados; (...) XIX - legislar sobre: (...) e) regime dos portos e navegação de cabotagem, assegurada a exclusividade desta, quanto a mercadorias, aos navios nacionais; § 2º Os Estados terão preferencia para a concessão federal, nos seus territórios, de vias-férreas, de serviços portuários, de navegação aérea, de telégrafos e de outro de utilidade pública, e bem assim para a aquisição dos bens alienaveis da União. Para atender às suas necessidades administrativas, os Estados poderão manter serviços de radiocomunicação (...). Art. 18. E' vedado à União decretar impostos que não sejam uniformes em todo o território nacional, ou que importem distinção em favor dos portos de uns contra os de outros Estados. (...) Art. 91. Compete ao Senado Federal: 1- colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre: (...) h) regime de portos; navegação de cabotagem e nos rios e lagos do domínio da União; (...) Art. 132. Os proprietários, armadores e comandantes de na-*

²⁰ Si noti che, dopo la proclamazione della Repubblica e trasformazione delle vecchie province negli Stati federali, l’art. 8 della Costituzione del 1891 vietava espressamente al Governo federale di creare distinzioni e preferenze a favore dei porti di uno o dell’altro Stato (*proibiu-se “ao governo federal criar, de qualquer modo, distinções e preferencias em favor dos portos de uns contra os de Estados”*). Si noti, altresì, come ha evidenziato MAXIMILIANO C., *Commentarios a Constituição brasileira*, 2 ed., Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos, 1923, p. 209, “*Assenta solidamente um regimen federativo sobre a harmonia dos interesses reciprocos entre os estados. Cumpre que uns se não desenvolvam, graças a uma tributação iniqua, sobre as ruínas do commercio, da industria ou da agricultura dos outros*”. In altre parole, nella Costituzione del 1891, mancava un regime federale di armonizzazione degli interessi reciproci degli Stati, in quanto la funzione costituzionale di garantire l’equilibrio federale impediva all’Unione di riconoscere benefici in favore dei porti situati nei singoli Stati.

vios nacionais, bem como os tripulantes na proporção de dois terços pelo menos, devem ser brasileiro natos, reservando-se também a estes a praticarem das barras, portos, rios e lagos”.

Da notare, innanzitutto, che la nuova Costituzione riconosceva la competenza esclusiva di uso e/o di concessione dei porti all’*União* ed includeva la materia tra i servizi pubblici (*serviços públicos*), ovvero telegrafi, radiocomunicazioni, navigazione aerea e ferrovie (art. 5° , VIII), anche se continuarono ad essere considerati come un bene pubblico; l’art. 5° , VIII, lettera “e”, infatti, richiamava il “sistema dei porti” (“*regime de portos*”) accanto alla navigazione a breve raggio, che rappresentava certamente una forma di uso delle acque pubbliche.

Peraltro, taluna dottrina ha sostenuto che, nel momento in cui l’art. 5° , § 2, riconosceva agli Stati la prerogativa della concessione federale, nei suoi territori, delle vie ferroviarie, dei servizi portuali, della navigazione aerea, dei telegrafi e di altre utilità pubbliche, così come il diritto di acquisizione dei beni alienabili dell’*União* (“*Os Estados terão preferencia para a concessão federal, nos seus territórios, de vias-férreas, de serviços portuários, de navegação aérea, de telégrafos e de outro de utilidade pública, e bem assim para a aquisição dos bens alienáveis da União*”), istituiva o, per lo meno, presupponeva l’esistenza dei servizi pubblici in ambito portuale quando, appunto, menzionava testualmente i “servizi portuali” (*serviços portuários*)²¹.

Questo ragionamento è stato ritenuto infondato perché lo stesso dispositivo del predetto articolo precisa che i servizi in esso elencati sono di “utilità pubblica” (*de utilidade pública*); in questo senso, dunque, il servizio pubblico, di origine francese, non deve essere confuso con l’altra categoria di attività, che è il “servizio di utilità pubblica”, che deriva dal diritto amministrativo Nord- Americano e presuppone la titolarità statale per un’attività amministrativa²².

²¹ Così in SCHIRATO V. R., *A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil*, op. cit., p. 173, secondo il quale è possibile dedurre dalla dottrina dell’epoca che, nonostante non ci fosse una disposizione espressa, i servizi portuali in Brasile fossero inclusi tra i servizi pubblici di competenza dell’ *União*, posto che detti servizi erano attività che richiedevano il controllo statale per questioni amministrative (connesse all’interazione con le altre Nazioni) e per ragioni economiche (in ragione del grande supporto di capitali necessario alla realizzazione delle attività).

²² DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES I., *Evolução histórico jurídica do regime de exploração de porto no Brasil e o regime na Constituição de 1988*, cit. , p. 167.

Pertanto, se i servizi portuali della Costituzione del 1934 erano servizi di utilità pubblica, secondo il modello Nord-Americano, non potevano, allo stesso tempo, costituire servizi pubblici²³.

Le successive Costituzioni repubblicane promulgate a partire dal 1937 e prima dell'attuale Costituzione del 1988 non alterarono, dal punto di vista sistematico e teleologico, la normativa sui porti brasiliani, limitandosi semplicemente a ripetere la struttura della Costituzione del 1934.

Nello specifico, la Costituzione del 1937, trattava la materia all'art. 15 e prevedeva espressamente che *“Compete privativamente à União: (...) VII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radio-comunicação e navegação aerea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado; VIII - criar e manter alfândegas e entrepostos e prover aos serviços da polícia marítima e portuária; (...) Art. 54. Terá início no Conselho Federal a discussão e votação dos projetos de lei sobre: (...) c) regime de portos e navegação de cabotagem”*.

La Costituzione del 1946, prevedeva all'art. 5 che *“Compete a União: explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radio-comunicação, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aerea e de vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado; XV – legislar sobre: (...) i) regime dos portos e da navegação de cabotagem; (...) Art. 17. A União é vedado decretar tributos que não sejam uniformes em todo o território nacional, ou que importem distinção ou*

²³ Riguardo a questa necessaria distinzione, nella dottrina brasiliana, è sempre attuale la spiegazione di PONTES DE MIRANDA, *Comentários a Constituição de 1934*, 3 ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1960, t. I., p. 341: *“Serviço público é o serviço próprio do Estado, o serviço que ao próprio Estado incumbe como Estado. Aqui, há diferença, que é capital: a que extrema o serviço público, propriamente dito, que é o que cogitamos, e o serviço que, por sua extensão, posto o que não seja público, mas, tão só, prestado ao público, exige certa participação do prestígio do Estado, ou a coordenação de que é capaz o Estado, ou favores do Estado, para que se possa organizar. A concessão de serviço público (no sentido próprio) pode implicar delegação de funções públicas, ou de atos do poder público. (...) Quanto aos serviços de interesse ou de utilidade para o público, serviços, por isso mesmo, de grande extensão, não são eles serviços públicos, serviços estatais, cuja concessão implique, necessariamente, delegação de poderes públicos. Por vezes, tal delegação existe, porém como conteúdo de favor do Estado, em compensação do esforço do particular para instalar e explorar serviço ao público de tanta monta. E' um ponto, esse, em que não é escusado insistir-se, tanto mais quanto o hábito do direito privado leva os juristas e os juizes, pouco afeitos ao trato do direito público administrativo, a confusões cheias de grande danos para a doutrina jurídica e para as finanças públicas”*.

preferencia para este ou aquele porto, em detrimento de outro de qualquer Estado”.

Senza distaccarsi molto dalle precedenti, anche la successiva Costituzione del 1967 recitava: “*Art. 8º. Compete a União: (...) XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza; c) a navegação aérea; d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de um Estado, ou Território; (...) XVII – legislar sobre: (...) m) regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre”.*

La Costituzione promulgata nel 1969, precedente quella attualmente in vigore, trattava l’argomento negli stessi termini: “*Art. 8º. Compete a União: (...) XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza; c) a navegação aérea; d) as vias de transporte entre portos marítimos ou que transponham os limites de Estado ou Território; (...) XVII – legislar sobre: (...) m) regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre”.*

Si noti che nei dispositivi delle ultime due Costituzioni (1967 e 1969), i servizi pubblici che avevano rapporto diretto con i porti erano esclusivamente quelli delle “vie di trasporto tra porti (*vias de transporte entre portos marítimos*), da intendersi, dunque, come “servizi di trasporto acquatico”. Nelle Costituzioni precedenti (1937 e 1946), invece, tali servizi di navigazione erano elencati quali servizi pubblici.

Tuttavia, essi erano i servizi di navigazione resi nei porti e non si può certo dire che fossero servizi dei porti.

Infatti, come analogia, si può richiamare l’esempio di una stazione di autobus, nella quale vengono erogati i servizi di trasporto di linea pubblica; anche in questo caso, la concessione per il funzionamento della stazione degli autobus è certamente un bene pubblico che non potrà mai essere confuso con la concessione ad operare il trasporto pubblico tramite bus.

Dunque, i porti sono stati esclusi dalla sistematica dei servizi pubblici in tutte le Costituzioni Federali fin qui esaminate, le quali hanno riconosciuto l'esclusiva competenza della *União Federal* a legiferare sul regime del bene pubblico "porto"²⁴.

3. La legislazione portuale ordinaria a partire dal governo Vargas.

Come anticipato, l'era Vargas fu contraddistinta da un forte intervento statale nell'economia e dalla centralizzazione del potere economico nello Stato²⁵, con la conseguente ripercussione nella legislazione portuale brasiliana.

Oltre alla promulgazione delle Costituzioni appena trattate, a partire dal 1934, furono emanati diversi Decreti che regolamentavano il settore dei porti.

Simultaneamente ai lavori dell'Assemblea Costituente (probabilmente attingendo dal testo Costituzionale che sarebbe stato promulgato il 16 luglio 1934) il governo Vargas pubblicò il Decreto n. 24.447 del 22 giugno 1934²⁶, che definì le competenze dei Ministeri Federali in relazione alle attività di costruzione e utilizzo dei porti²⁷, disciplinando così le attività di competenza *dell'União* in materia.

Di notevole importanza fu la previsione contenuta nell'art. 2²⁸, che introdusse la nozione di "porti organizzati" (*portos organizados*), definendo tali quelle strutture in cui vi erano stati miglioramenti effettuati da parte del Governo, a differenza dei porti

²⁴ Si legga, in tal senso, PONTES DE MIRANDA, *Comentários a Constituição de 1934*, cit., p. 472: "O regime de portos compreende as regras sobre polícia marítima e portuária, sobre medidas de navegação, ancoragem, entrada e saída, higiene, ordem e procedências, etc. Compete a União (hoje, ao Ministério da Viação e Obras Públicas, por intermédio do Departamento Nacional de Porto e Navegação) a exploração dos portos nacionais organizado, quer diretamente, quer a cargo de concessionários ou arrendatários, sob a sua fiscalização. Outrossim, tocam à União as obras de melhora-mento dos portos, aparelhamento deles e exploração comercial, bem como o julgamento da conveniência de concessões de terrenos de marinha ao acrescidos, levando em conta exigências presentes ou futuras das obras e do aparelhamento".

²⁵ MOREIRA, E. B., *Anotações sobre a história do Direito Economico brasileiro*, parte I. 1030-1956, in *Revista de Direito Público da economia*, Belo Horizonte, v. 6, 2004, p. 69.

²⁶ È importante segnalare che questo Decreto diede discrezionalità all'Amministrazione Pubblica sulla scelta del regime giuridico per la fornitura delle attività portuali. Infatti, all'art. 13 si legge "A utilização das instalações portuárias, pelo comércio e pela navegação, far-se-á pela forma e nas condições estabelecida no decreto que for expedido".

²⁷ La competenza in tema di porti fu ripartita tra i Ministeri da Fazenda, da Marinha, da Viação, e Obras Públicas, do trabalho, da Justiça e da Saúde.

²⁸ Art. 2 del Decreto 24.447 del 22 giugno 1934: "São portos organizados os que tenham navegação e da movimentação e guarda de mercadorias e cujo tráfego se realize sob a direção de uma 'administração de porto', a qual caiba a execução dos 'serviços portuários' e a conservação das instalações portuárias".

non organizzati (*portos não organizados*), dove i moli e le banchine, seppur con alcune migliorie apportate dai privati²⁹, continuavano ad essere considerati ancoraggi naturali.

In seguito, il 29 giugno 1934, sempre per volere di Getulio Vargas, fu pubblicato un altro Decreto, il n. 24.508, che definiva quali tasse potevano essere applicate dai porti e la concettualizzazione del lavoro nei porti.

Il Decreto introdusse una ampia serie di definizioni e di concetti fondamentali del diritto portuale, che, da quel momento, assunsero portata nazionale e furono trasfusi in tutta la legislazione successiva; ci si riferisce ai concetti “amministrazione del porto” (*administração do porto*), “installazioni portuali” (*instalações portuárias*), “stivaggio” (*estiva*), “trasporto” (*transporte*) e “diritti di ormeggio” (*capatazia*). Si unificò, in questo modo, non solo la terminologia, ma anche il modo di utilizzo dei porti nazionali.

Da rilevare come l’art. 1° stabilisse la competenza al Ministerio da Viação e Obras Públicas sullo sfruttamento dei porti nazionali organizzati, da realizzarsi sotto la diretta direzione del Departamento Nacional de Portos e Navegação o sotto la sua supervisione quando effettuato dai concessionari o dagli affittuari.

Il regime delle concessioni e delle locazioni dei porti creato nel periodo imperiale, al fine di concedere in uso e in godimento un porto all’iniziativa privata, rimase, dunque, tale e quale al periodo precedente³⁰.

Sempre il 29 giugno 1934 fu pubblicato il Decreto n. 24.511, che disciplinava l’uso delle infrastrutture portuali, regolando nel dettaglio le operazioni di carico e di scarico, tanto dei passeggeri quanto delle merci.

Questo Decreto sancì anche il principio secondo il quale i servizi offerti dai porti sarebbero dovuti essere prestati con uguaglianza ed efficienza; in questo senso, l’art. 1, § 1, prevedeva che “*todos os se utilizarem das instalações portuárias receberão*

²⁹ MORGENSTERN, A., *Porto de Paranaguá: contribuições à história (período de 1648 – 1935)*, p. 33.

³⁰ In questo senso, l’art. 1° prevedeva l’uso dei porti nazionali organizzati (“*exploração dos portos nacionaes organizados*”); l’art. 1°, § 1°, parlava di “chiunque utilizzi le installazioni portuali” (“*todos os que utilizarem das instalações portuárias*”), l’art. 2° richiedeva che i servizi fossero attività ausiliarie o accessorie (“*Cabe as administrações dos portos organizados assegurar ao comercio e à navegação o gozo de vantagens decorrentes do melhoramento e aparelhamento desses portos e, bem assim, prestar-lhes os serviços portuários, ou acessórios, especificados e definidos neste decreto*”). Infine, l’art. 4° parlava di utilizzo delle installazioni portuali da parte degli armatori e dei proprietari delle merci (“*utilização das instalações portuarias pelos armadores e pelos donos das mercadorias*”).

da administração dos portos tratamento sem preferência, orientado pelo objetivo de conseguir das referidas instalações a máxima eficiência”.

In relazione all'introduzione di questi principi, la dottrina maggiormente sensibile sul tema si è chiesta se il decreto avesse introdotto la forma del servizio pubblico nelle attività portuali³¹.

La risposta deve essere ancora negativa: in primo luogo, perché in contrasto con i principi della Costituzione del 1934, che non qualificavano i porti come servizi pubblici; in secondo luogo, perché il Decreto configurava il regime delle attività da una prospettiva di uso dei porti e delle sue strutture e non come un sistema autonomo di prestazione dei servizi portuali, dove i beni del porto e/o le strutture portuali rappresentavano un mezzo per l'esecuzione dei servizi stessi³²; in terzo luogo, perché anche in altri casi di uso dei beni pubblici da parte dei privati vi erano sistematiche somiglianti che comunque non derivano dalla nozione di servizio pubblico di origine francese, bensì dal diritto nord-americano delle *public utilities*³³.

Il Decreto divide, inoltre, il Paese in *hinterlândias*, ovvero spazi territoriali, dove si trovava solo un porto organizzato. Questi spazi erano definiti dall'art. 2, § unico, che considerava “*hinterlândia de um porto organizado*”: “1º, a cidade ou localidade em que esse porto estiver, ou em que funcionar a respectiva alfândega ou mesa de rendas, e as costas ou margens atingidas pela navegação internado do mesmo porto. 2º, a região do país servida por transportes terrestres, para a qual se encaminhem diretamente mercadorias desembarcadas no porto ou da qual procedam mercadorias para embarque no mesmo porto; 3º, a região do país servida por vias fluviais de transporte, cujas mercadorias sejam transportadas, embarcadas ou desembarcadas, sujeitas a jurisdição da alfândega ou mesa de rendas do referido porto”.

³¹ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES I., *Evolução histórico jurídica do regime de exploração de porto no Brasil e o regime na Constituição de 1988*, cit., p. 173

³² A conferma si legga l'art 10° che disponeva “*A utilização das instalações portuárias para a atracção de embarcações e para movimentação e guarda das mercadorias ser feita sempre que a amplitude e a espécie dessas instalações o permitirem, separando-se os serviços de cabotagem dos relativos à navegação internacional*”.

³³ Si può richiamare come esempio il Código de Aguas, anch'esso promulgato nel 1934, che, nel regolamentare l'uso dei mezzi idrici per la produzione di energia, introdusse in Brasile il concetto di “*serviço adequado*” (di origine Nord-Americana), ove all'art. 179 prevedeva che il principio di “*serviço adequado*” coinvolgesse la qualità e la quantità del servizio (“*qualidade e quantidade de serviço*”), le estensioni (“*extensões*”), il miglioramento e il rinnovo delle strutture (“*melhoramento e renovação das instalações*”), nonché i processi più economici di funzionamento (“*processos mais econômicos de operação*”).

Sostanzialmente, tramite la figura della *hinterlândia*, ogni porto organizzato deteneva il monopolio per procedere alla movimentazione delle merci e dei passeggeri nel trasporto marittimo in una specifica area del territorio brasiliano³⁴.

Sempre nel 1934 fu pubblicato un ultimo Decreto, il n. 24.599 del 6 luglio 1934, che disponeva sul regime di concessione delle operazioni e della manutenzione dei porti organizzati³⁵.

Il testo di questo provvedimento era importante fin dai suoi *consideranda*, ove veniva inizialmente affermato come la concessione dei porti nazionali fosse basata sulla Lei n. 1.746/1869 e sull'inciso 4°, par. unico dell'art. 7° della Lei 8.314/1886 (“*concessão dos portos nacionais tem sido baseada na Lei n. 1.746, de 13 de outubro de 1869, e no inciso 4°, do parágrafo único, da art. 7° da Lei n. 8.314, de 16 de outubro de 1886*”). I *consideranda* continuavano con la critica alla prima legge, riferita alla sola costruzione delle dogane, perché non prevedeva l'ampliamento delle strutture portuali dopo la realizzazione del progetto iniziale e la chiusura del rispettivo conto capitale ed anche perché, tale dispositivo, nella Lei n. 8.314, limitava il periodo di ammortamento del capitale investito nella costruzione e nell'allestimento dei porti nazionali, rendendo difficile il finanziamento di tali progetti (“*o dispositivo citado, da Lei n. 8314, restringe o prazo de amortização do capital aplicado na construção e no aparelhamento dos portos nacionais, dificultando o financiamento desses empreendimentos*”).

Così, il Decreto concludeva i suoi *consideranda* affermando la necessità di stabilire nuove basi per la concessione dei porti nazionali (“*se evidencia a necessidade de estabelecerem novas bases para concessão dos portos nacionais*”).

Di seguito, l'art. 1 prevedeva l'autorizzazione al Governo Federale a contrattare per il miglioramento e lo sfruttamento commerciale dei porti nazionali, rilasciando, a tal fine, concessione agli Stati nel cui territorio si trovavano i porti, o enti privati di riconosciuta idoneità e capacità tecnica e finanziaria (“*fica autorizado o Governo Federal a contratar, com a observancia das condições estabelecidas neste decreto, o melhoramento e a exploração comercial dos portos nacionais, outorgando concessão, para esse fim, aos Estados, em cujo territorio se encontrarem aqueles portos,*

³⁴ MARCOS PINTOS CORREIA GOMES, *O setor portuário e o novo marco regulatório*, cit., p. 163.

³⁵ Si veda, sul tema, LOBO, C. A. da Silveira, *Os terminais Portuários na Lei n. 8.630/93*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, abr./jun., 2000, p. 19-21.

ou a entidades privadas, de reconhecida idoneidade tecnica e capacidade financeira”), disponendo, altresì, nel paragrafo successivo, il termine della concessione (“o prazo da concessão será fixado de acordo com as dificuldades de execução das obras de melhoramento do porto a conceder, mas em caso algum excede de 70 anos”)³⁶.

Si badi che i servizi portuali continuarono ad essere attività accessorie all’uso dei porti (art. 2, “c”), non essendoci alcun affrancamento dei servizi portuali verso un regime di servizio pubblico³⁷.

Dato importante, inoltre, è che il Decreto richiedeva uno studio sulla fattibilità economica della concessione, al fine di evitare la dispersione del traffico marittimo (art. 3).

Come si vedrà in seguito, infatti, la costruzione di un porto richiede grande investimento di risorse e, almeno in teoria, non è economicamente praticabile la costruzione di porti rivolti agli stessi utenti in una ristretta area geografica. Quindi, uno degli scopi del decreto era certamente quello di razionalizzare l'utilizzo delle infrastrutture.

Inoltre, il § 2 dell’art. 2 del Decreto introdusse il divieto di concedere ai terminali privati l’uso del porto organizzato, ad eccezione delle aree destinate alla movimentazione ed al trasporto dei materiali infiammabili e di esplosivi³⁸; pertanto, a partire dal-

³⁶ Così l’art. 2 definiva il contenuto minimo della concessione dei porti “*Art. 2º A concessão dos portos nacionais deve abranger: a) quando necessárias, as obras destinadas a assegurar acesso fácil a êsses portos, bem como ancoradouro que ofereça às embarcações que os devam frequentar conveniente abrigo e profundidade compatível com a respectivo porte; b) as obras e o aparelhamento dos referidos portos necessários à acostagem das embarcações e à movimentação, guarda e conservação das mercadorias destinadas à navegação, ou que, para êsses portos, sejam, por esta, conduzidas; c) a exploração comercial dêsses portos, que compreende a realização dos serviços portuários, a conservação dos canais de acesso e dos ancoradouros e, ainda, a conservação e renovação do aparelhamento dos mesmos portos. § 1º Desde que sejam abertas ao tráfego público as instalações realizadas pelo concessionário de um pôrto, cessarão os serviços portuários a cargo da alfândega, ou mesa de rendas, dêsse pôrto, que passarão a ser executados pelo referido concessinário, naquelas instalações.*

³⁷ Tale autonomia non sarebbe comunque potuta essere introdotta sempre per la vigenza della Costituzione del 1934, che lasciava i porti fuori dal regime dei servizi pubblici.

³⁸ L’Art. 2, § 2º, recitava: *Não serão mais concedidas licenças para o estabelecimento de entrepósitos particulares e serão cassadas as que estejam em vigor, desde que as instalações portuárias, realizadas pelos concessionários de portos, sejam abertas ao tráfego público. Excetuam-se os entrepósitos destinados a inflamáveis e explosivos, os quais poderão permanecer em funcionamento até que os referidos concessionários disponham de instalações especiais para a guarda e conservação de mercadorias dessa natureza”.*

la sua pubblicazione, le strutture portuali divennero esclusivo oggetto di concessione e aperte al pubblico, così che non erano più concessi terminali privati, dove gli imprenditori erano liberi di scaricare i propri carichi o negoziare la movimentazione dei carichi di terzi³⁹.

Si può affermare, dunque, che quest'ultimo Decreto del 1934 avviò il c.d. monopolio legale dei porti⁴⁰, che rimase in vigore fino al 2 maggio 1944, quando Getúlio Vargas pubblicò il Decreto-Lei n. 6.460, tramite il quale istituì le “strutture portuali rudimentali” (*instalações portuárias rudimentares*)⁴¹, che potevano essere costruite da parte degli Stati o dei Municipi, mediante approvazione da parte dell'*União Federal*, fuori dalle aree dei porti organizzati⁴².

Il Decreto in questione riguardava solo le strutture il cui valore non oltrepassava Cr\$ 1.000.000,00 (un milione di *cruzeiros*) (art. 1°)⁴³ e, anche se realizzate dagli Stati o dai Municipi, esse erano considerate “strutture federali” (*instalações federais*) (art. 2°); l'art. 7° specificava che la costruzione e l'uso delle strutture di cui al Decreto sarebbero state eseguite senza alcun carattere di monopolio e, in particolare, il progetto di costruzione dell'impianto doveva essere presentato al Direttore Generale del Departamento Nacional de Portos, Rio, Canais (DNPRC), che poteva approvare o meno l'opera (art. 3°).

L'art. 8° introdusse, inoltre, la forma della *autorização portuária*, ove in determinate ipotesi (“(i) a não observância da tarifa para a remuneração dos serviços portuários; (ii) a não conservação das instalações portuárias; (iii) a confusão das receitas e despesas do serviço portuários com o orçamento municipal ou estadual; (iv) a

³⁹ Sulla base del quadro normativo del 1934, l'União Federal creò delle società statali con la funzione di fornire servizi portuali e di amministrare i porti organizzati e, di conseguenza, furono date le prime concessioni (tra le più rilevanti, si ricordano quelle dei porti di São Sebastião nello Stato di San Paolo e di Imbituba nello Stato di Santa Catarina. Sul tema si veda SCHIRATO V.R., *Transportes aquaviários*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 19.

⁴⁰ Per una definizione dei “monopolio legale” in chiave comparata, si veda CARBONE P.L., *Il contratto del monopolista. Contributo in chiave comparata alla teoria del contratto nell'era delle conoscenze*, Milano, 2010, p. 34 e ss.

⁴¹ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES I., *Evolução histórico jurídica do regime de exploração de porto no Brasil e o regime na Constituição de 1988*, cit., p. 177, ritiene che il Decreto fu pubblicato seguendo il vero spirito del federalismo cooperativo (“*em verdadeiro espirito de federalismo cooperativo*”).

⁴² LOBO C. A. da Silveira, *Os terminais Portuários na Lei n. 8.630/93*, cit., p. 20, ha definito queste strutture rudimentali come “miniporti” (“*miniportos, ou portos em embrião, com organização precária, destinados a suprir a ausência ou deficiência dos portos organizados*”).

⁴³ Scopo del Decreto era principalmente quello di tutelare le città o i villaggi dove la locomozione dipendeva dal trasporto fluviale.

não prestação de contas anual perante o DNPRC e, por fim, (v) na hipótese de não prestar regular e pontualmente os serviços portuários ao público”) il Ministro da Viação e Obras Públicas poteva revocare l’autorizzazione per l’uso delle strutture, senza che lo Stato o il Municipio avessero diritto ad alcun indennizzo.

Si può sostenere che, anche in questo caso, non si trattava di concessione di servizio pubblico, ma di autorizzazione all’uso privato di un bene pubblico⁴⁴, tramite un atto amministrativo unilaterale, discrezionale e precario, che “*A União poderá, em qualquer tempo, encampar essas instalações para ampliá-las e sujeitá-las ao regime previsto no parágrafo único do art. 1º. i.e., sujeitá-las ao regime contratual de concessão de porto do Decreto n. 24.599, de 6 julho 1934*” (art. 2º, §1)⁴⁵.

Neppure il successivo Decreto-Legge n. 8.439 del 2 dicembre 1945, riguardante la regolamentazione dei servizi di deposito merci nei porti, parlava di un regime di servizio pubblico nell’ambito di queste attività, continuando così a basare il sistema portuale brasiliano sull’uso del bene pubblico.

Furono poi edite una serie di norme, che sostanzialmente non cambiarono l’assetto fin qui descritto⁴⁶.

Merita, invece, menzione il Decreto-Lei n. 5 del 4 aprile 1966, che istituì un’ampia serie di norme per la ripresa economica delle attività della *Marinha-Mercante dos Portos Nacionais e da Rede Ferroviária Federal S.A.* e introdusse l’autorizzazione all’uso dei porti da parte dei privati⁴⁷, permettendo a questi ultimi di costruire o gestire loro strutture portuali, senza alcuna limitazione di valore e fino a che non vi fossero costi da parte del governo o pregiudizi per la sicurezza nazionale⁴⁸.

⁴⁴ Si badi che la Costituzione in vigore al momento della pubblicazione del *Decreto-Lei* (la *Constituição* del 1937) e la seguente (la *Constituição* del 1946) non prevedevano lo sfruttamento dei porti da parte dell’União.

⁴⁵ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES I., *Evolução histórico jurídica do regime de exploração de porto no Brasil e o regime na Constituição de 1988*, cit., p. 179.

⁴⁶ Si ricordino in particolare la Lei n. 3.421/1958, che creò il “*Fundo Portuario Nacional e la Taxa de Melhoramentos dos portos*”; la Lei n. 4.213/1963, che trasformò il *Departamento Nacional de Portos e Rio, Canais* in *Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis*”.

⁴⁷ Si badi che il citato *Decreto – Lei* non parlava espressamente di “*Autorização de uso privativo*”, definizione che intervenne nel 1966 con il Decreto-Lei n. 83/1966, che istituì “*normas para cobrança pelas Administrações de Portos de taxas portuárias incidentes sobre mercadorias movimentadas em terminais ou embarcadouros de uso privativo e instalações rudimentares*”.

⁴⁸ MAYER G., *Regulação portuária brasileira: uma reflexão sob a luz da análise econômica do Direito*, 2009, p. 51, *Dissertação (Mestrado)*, cit., p. 56, ricorda che con l’introduzione del Decreto-Lei n. 05/1966 la rottura del monopolio in tema di porti fu più evidente: “*Percebe-se que a quebra do mo-*

Nello specifico, l'art. 26° disponeva: “É permitido a embarcadores ou a terceiros, satisfeitas as exigências da legislação em vigor, construir ou explorar instalações portuárias, a que se refere o Decreto-Lei número 6.460, de 2 de maio de 1944, independentemente da movimentação anual de mercadorias, desde que a construção seja realizada sem ônus para o Poder Público ou prejuízo para a segurança nacional, a exploração se faça para uso próprio”.

Com'è stato giustamente osservato, il richiamo espresso al *Decreto-Lei* n. 6.460/1944 fa ritenere che la gestione delle strutture per uso proprio rispecchiasse la medesima forma giuridica in questo contemplata, ovvero l'autorizzazione all'uso del bene pubblico⁴⁹.

Inoltre, l'art. 27° reintrodusse l'istituto dell'*arrendamento portuário*, precedentemente revocato, disponendo che “*poderão ser locados ou arrendados a seus usuários ou a outrem os terrenos, armazéns e outras instalações portuárias, tendo preferência, na locação ou arrendamento a longo prazo, os que se dispuserem a investir para completar, expandir ou aparelhar as instalações, ressalvados os interesses da segurança nacional*”.

Un'ultima Lei da richiamare è la n. 6.222 del 10 luglio 1975, che estinse il Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (DNPVN) ed autorizzò il potere esecutivo a creare la PORTOBRÁS, impresa pubblica dei porti del Brasile, vincolata al Ministero dei Trasporti⁵⁰.

Nel corso della sua esistenza, il PORTOBRÁS fu il principale organo regolatore federale dei porti brasiliani, avendo tra i suoi scopi: (i) la promozione della politica portuale nazionale; (ii) la realizzazione di progetti e di studi per l'espansione, la costruzione e il miglioramento di porti, tra cui lo svolgimento di assistenza tecnica a tal

nopólio foi dando-se de forma gradual. Primeiro procurou-se abrigar aquelas situações em que havia necessidade de instalações portuárias singelas, sem necessidade de grande aporte de capital e sem significativas movimentações de volume e pessoas. O segundo passo não rompeu com a ideia de monopólio dos portos, mas garantiu que aqueles que assim desejassem poderiam construir e explorar suas próprias instalações portuárias. Conforme determina a parte final” do art. 26° “a instalação deveria ser para uso próprio”.

⁴⁹ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES I., *Evolução histórico jurídica do regime de exploração de porto no Brasil e o regime na Constituição de 1988*, cit., p. 182.

⁵⁰ Gli Statuti della PORTOBRÁS furono approvati per mezzo del *Decreto* n. 76.925/1975.

fine; (iii) la realizzazione, la promozione e l'autorizzazione all'esecuzione delle opere e dei servizi di costruzione; e (iv) la gestione e lo sfruttamento dei porti⁵¹.

La PORTOBRÁS arrivò a controllare venticinque porti, di cui dieci in modo diretto e quindici attraverso otto compagnie *Docas*. Pertanto, non vi fu alcun decentramento conseguente alla sua creazione⁵².

Con la successiva Lei n. 8.029/1990, il governo Collor autorizzò l'esecutivo a sopprimere o a privatizzare la PORTOBRÁS; il governo optò per la prima possibilità, succedendo ad essa nei diritti e nei doveri.

L'União tornò quindi ad essere l'organo regolatore del settore portuale, senza poter disporre di una normativa specifica della materia, che venne delineata solo con la Lei n. 8.630/1993 e successivamente con la Lei 10.233/2001 che, come si vedrà, creò la ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários).

In definitiva, prima di concludere questo excursus storico-giuridico con la trattazione della *Lei de Modernização dos Portos*⁵³, che, per l'importanza avuta sino alla recente riforma, merita certamente un'analisi a parte, si può sostenere come, alla luce del consolidamento del diritto portuale brasiliano, iniziato con la *Constituição Federal* del 1934, i porti e le sue strutture siano sempre stati considerati beni pubblici federali (*bens públicos federais*); infatti, gli istituti previsti dalla legislazione federale che permettevano l'uso privato dei porti e delle strutture portuali da parte di terzi erano esclusivamente riconducibili all'ambito dei beni pubblici (*bens públicos* o *domínio público*) non essendoci istituti provenienti dal regime dei servizi pubblici (*serviços públicos*); lo sfruttamento dei porti, inteso come uso commerciale, includeva non solo la fornitura dei servizi portuali (che costituiva, dunque, un'attività inerente o accessoria all'uso proprio, da parte dei terzi, del bene pubblico "porto"), ma anche altri servizi, quale ad esempio la conservazione dei canali di accesso e di ancoraggio (art. 2º, lett. "c", *Decreto* 24.599/1934).

Infine, i principali istituti giuridici di uso dei porti previsti nella legislazione federale del periodo erano : a) la concessione di opera e l'uso del bene o, semplicemente, concessione di uso del bene (*Decreto* n. 24.599/1934), b) *l'arrendamento* portuale

⁵¹ Così è previsto nell'art. 4º della *Lei* 6.222 del 10 luglio 1975.

⁵² COLLYER W. O., *Lei dos portos: o Conselho de Autoridade Portuária e a busca da eficiência*, São Paulo, Lex editora, 2008, p. 27.

⁵³ Lei n. 8.630 del 25 febbraio 1993.

(fino al *Decreto* n. 24.599/1934 e reintrodotta con il *Decreto-Lei* n. 5/1966), c) l'autorizzazione all'uso delle strutture portuali rudimentali da parte di Stati e di Municipi (*Decreto-Lei* n. 6.460/1944), d) l'autorizzazione all'uso del terminal privato (*Decreto-Lei* n. 5/1966), e) locazione portuale (*Decreto-Lei* n. 5/1966).

4. La *Constituição* del 1988.

Prima di analizzare la successiva legislazione ordinaria relativa al settore portuale brasiliano è d'obbligo, per seguire un ordine storico - cronologico, esaminare la *Constituição*⁵⁴ brasiliana promulgata il 5 ottobre del 1988, attualmente in vigore.

Relativamente alla materia dei porti e ai temi ad essa correlati, la Carta Costituzionale dispone:

“Art. 21. *Compete à União:*

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...) d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

(...) f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (...)

XXI – estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;

⁵⁴ Detta anche *Lei Maior*. A questo proposito, come ha sottolineato BOCKMANN MOREIRA E., *Exploração privada dos portos brasileiros: concessão versus autorização*, in *Revista de Direito Administrativo contemporaneo*, Redac, ano 1, maio-junio 2013, p. 32, occorre precisare che, in Brasile, tutto il Diritto e tutti i diritti sono costituzionalizzati (“*todo o Direito e todos os direitos são constitucionalizados*”). L'affermazione è forte, ma ingloba tre questioni collegate tra loro: in primo luogo, esprime che la *Constituição* è il fondamento della validità delle norme del sistema, a partire dalla legislazione federale fino alle norme di settore, come il contratto di lavoro, passando per i trattati internazionali, *medidas provisórias*, *lei estaduais* e *municipais*. Ciò significa che la Costituzione sancisce la validità e l'interpretazione, formale e sostanziale, delle leggi brasiliane. In secondo luogo, la *Constituição* brasiliana si caratterizza da disposizioni analitiche sui più vari temi ed essendo ampia e minuziosa esige grandi sforzi per la sua interpretazione sistematica. Esempio evidente di questa affermazione è la disposizione di cui all'art. 21, relativa alle competenze attribuite all'*União*, che vanno dalle relazioni con gli stati stranieri fino all'esercizio dell'attività di ricerca dell'oro, passando per la *exploração* diretta o mediante *autorização*, *concessão* ou *permissão* dei porti marittimi, fluviali e lacustri. Infine, significa che la Costituzione esige di essere interpretata, perché ritenuta un “*organismo vivo*”, che si rinnova e reinventa tutti i giorni; per questo, occorre conoscerla e sapere come essa è articolata, al fine di poterla contestualizzare nel momento storico in cui essa viene interpretata. La combinazione di questi tre semplici elementi permette di chiarire come deve essere letta ed interpretata la Costituzione brasiliana, ovvero, attraverso il confronto con il caso in esame, senza cercare spiegazioni in teorie giuridiche del passato. Lo stesso discorso valga per l'interpretazione resa dalle teorie di diritto pubblico (siano esse francesi, tedesche, italiane o anche brasiliane), che potrebbero non prestarsi alla sistematica e all'applicazione automatica della norma costituzionale brasiliana nell'attualità.

XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
(...)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

IX - diretrizes da política nacional de transportes;

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

XI - trânsito e transporte; (...)

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade⁵⁵.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras⁵⁶.

Come si può rilevare, la Costituzione tratta espressamente i *portos* in soli due dei suoi dispositivi: l'art. 21, XII, lett. "f" e l'art. 22, X, anche se, come è stato sostenuto, il dato normativo fondamentale è rappresentato dalla prima norma richiamata, la quale determina *l'objeto* e *l'estensão possivel* della competenza dell'*União Federal* (che, a sua volta, determina il possibile contenuto di una concessione dell'*objeto* a terzi) e la *exploração* del porto marittimo, fluviale o lacustre⁵⁷.

Tuttavia, a causa della flessibilità del termine *exploração*, il precetto di cui all'art. 21 è stato oggetto, nel corso degli anni, di diverse interpretazioni rispetto al regime giuridico applicabile alle attività portuali, non essendo, il suddetto termine, idoneo a definire *prima facie* la natura giuridica delle stesse; per cui, ci si è chiesti se le attività svolte nei porti fossero da ricomprendere nell'alveo dei servizi pubblici o dovessero invece ritenersi quali attività economiche in senso stretto con partecipazione statale.

È giusto il caso di anticipare che oggi la questione è piuttosto mitigata grazie alle successive previsioni di legge, nonché agli interventi giurisprudenziali, che hanno chiarito la problematica.

⁵⁵ Articolo così modificato dall'*Emenda Constitucional* n. 7/1995.

⁵⁶ Paragrafo introdotto dall'*Emenda Constitucional* n. 7/1995

⁵⁷ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES I., *Evolução histórico jurídica do regime de exploração de porto no Brasil e o regime na Constituição de 1988*, cit., p. 186.

Ad ogni modo, almeno inizialmente, per risolvere la dicotomia, la dottrina brasiliana si è prodigata a definire la nozione di porto e a specificare come esso si *explora*.

Si è definiti i porti quali infrastrutture necessarie al trasporto per vie d'acqua di beni e di persone. Il porto viene identificato, quindi, come una struttura situata ai margini di una corrente marina, fluviale o lacustre⁵⁸, che presuppone l'esistenza di determinate condizioni (naturali o artificiali) per l'attracco delle imbarcazioni, oltre che delle attrezzature e del personale in grado di svolgere nel modo più efficiente possibile le operazioni di carico e di scarico sia delle persone che delle merci.

È l'insieme di queste attività, denominate operazioni portuali (*operações portuarias*), che indentificano il terminal portuale, il quale a seconda dei casi può avere, tra le altre strutture, anche le banchine, i moli, i pontili e/o i magazzini.

Inoltre, l'infrastruttura portuale comprende necessariamente una serie di servizi per rendere migliore il trasporto via acqua, come ad esempio la possibilità di comunicazione tra imbarcazioni o il controllo del traffico marittimo; dunque, la definizione economico-giuridica di "porto"⁵⁹ è molto ampia e complessa e, di conseguenza, la *exploração* portuale comprende una serie di attribuzioni, competenze, poteri e oneri di diversa natura.

Pertanto, la questione interpretativa riguarda essenzialmente i regimi giuridici applicabili alle attività portuali *lato sensu* intraprese e/o offerte dallo Stato.

Nello specifico, infatti, il servizio pubblico presuppone speciali obblighi statali, che, con qualche semplificazione, si traducono principalmente in un onere di prestazione continua e universale (a qualsiasi interessato), a fronte di adeguato corrispettivo erogato dall'utente, al fine di rendere possibile la fruizione del servizio a tutti gli interessati; di conseguenza, il servizio pubblico richiede prerogative differenziate (tipiche del diritto pubblico) per assicurare adeguate prestazioni.

⁵⁸ Di recente la *Resolução ANTAQ* n. 2.969/13 ha specificato le nozioni di Portos marítimos, portos fluviais e portos lacustres: "I - PORTOS MARITIMOS são aqueles aptos a receber linhas de navegação de longo curso (internacionais) como em navegação de cabotagem (domésticas), independente da sua localização geográfica; II - PORTOS FLUVIAIS são aqueles que recebem linhas de navegação oriundas e destinadas a outros portos dentro da mesma região hidrogeográfica, ou com comunicação por águas interiores; III - PORTOS LACUSTRES: são aqueles que recebem embarcações de linhas dentro de lagos, em reservatórios restritos, sem comunicação com outras bacias".

⁵⁹ Per una completa definizione di "porto" si veda JUSTEN FILHO, M., O regime jurídico dos operadores de terminais portuarios no direito brasileiro, in *Revista de Direito Público da economia*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, 2006, p. 82.

Nello stesso tempo, nell'ambito delle attività economiche, lo Stato partecipa (mediante imprese statali) all'erogazione dei servizi di carattere portuale, ottemperando alle norme di diritto privato applicabili al settore, anche se nell'esercizio di queste attività esso dovrebbe essere legittimato dall'interesse pubblico (evidentemente non abbastanza da configurare prestazioni obbligatorie). In ogni caso, vi è da precisare che la Costituzione proibisce la costituzioni di privilegi a favore dello Stato che, in qualche modo, possano per esso comportare dei vantaggi rispetto alle imprese private⁶⁰.

La problematica assume maggior rilievo pratico quando l'iniziativa privata partecipa al settore e, dunque, quando si devono stabilire le condizioni in cui questa può avvenire.

Il punto non merita essere approfondito, in quanto la legislazione infracostituzionale edita dopo il 1988 è intervenuta positivamente sull'argomento, introducendo regole specifiche in merito al punto in questione.

Ad ogni modo, da una lettura all'art. 21, XII, che indica le competenze dell'*União* in determinati settori, si può sostenere, *a priori*, che i costituenti non abbiano voluto precisare tassativamente quali attività dovessero essere considerate servizi pubblici (nei termini di cui all'art. 175⁶¹) e quali essere trattate come attività economiche in senso stretto (nei termini di cui all'art. 173).

Non si riscontrano ragioni per le quali le attività portuali (implicite nel potere di *explorar* un porto) non sono state espressamente inquadrate in una o nell'altra condizione.

⁶⁰L'art. 173, della Constituição prevede: “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (...)*”.

⁶¹ Così dispone l'art. 175 della Constituição del 1988: “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado”.*

Tuttavia, parte della dottrina brasiliana⁶² ritiene che l'art. 21 della Costituzione, riservando all'*União* la prerogativa per la realizzazione delle attività strategiche per lo sviluppo del Paese, manifesti, per lo meno, la propensione ad includere le attività portuali nel regime del servizio pubblico. Tale orientamento interpretativo è rinforzato dal fatto che il suddetto articolo, riguardo alla *exploração* indiretta, fa espresso riferimento agli istituti della *concessão* e della *permissão* propri del servizio pubblico trattati dall'art. 175 della stessa Costituzione.

Questo orientamento si sviluppa su alcuni corollari.

In primo luogo, gli istituti della *concessão* e della *permissão* possono essere intesi, soprattutto per quanto attiene alla materia dei porti, come relativi all'uso della struttura portuale, ritenuta come una grande dotazione pubblica. Vale a dire che l'interpretazione del dato letterale di cui all'art. 21 della Costituzione permette di sostenere che si tratta di *concessão* o *permissão* di uso di un bene pubblico e di conseguenza di realizzazione delle attività economiche connesse a quelle del patrimonio pubblico.

In secondo luogo, grazie alla eterogeneità delle attività prestate nei porti (che possono essere raggruppate in due grandi specie: amministrazione dell'infrastruttura portuale e operazioni portuali *lato sensu*) ci sono margini, almeno in teoria, per ritenere che talvolta alcune di queste attività meritano di essere inquadrare sotto il regime di diritto pubblico ed altre, invece, come attività economiche in senso stretto.

In terzo luogo, il richiamo del testo costituzionale all'istituto della *autorização* moltiplica la possibilità di interpretazioni, in considerazione del fatto che l'art. 21 si riferisce ad attività materialmente identiche o comunque somiglianti al servizio pubblico, ma che vengono trattate in base alle norme di diritto privato⁶³.

Di conseguenza, attualmente, è ampiamente diffusa la tesi, secondo la quale l'istituto della *autorização*, disciplinato dall'articolo costituzionale in considerazione, non attribuirebbe le conseguenze giuridiche tipiche della *concessão* e della *permissão*, ma rappresenterebbe un controllo speciale esercitato dalla Pubblica Ammini-

⁶² BANDEIRA DE MELLO A., *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p. 652; ZANELLA DI PIETRO M. S., *Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 61; JUSTEN FILHO M., *Concessões de Serviço Público*, São Paulo, Dialética, 1997, p. 61.

⁶³ In questo senso, MARCOS PINTOS CORREIA GOMES, *O setor portuário e o novo marco regulatório*, cit., p. 168.

strazione su determinate attività private di maggiore ripercussione economica, come enunciato dall'art. 170, paragrafo unico, della Costituzione⁶⁴.

Secondo questo orientamento, dall'impiego dei tre istituti nel medesimo articolo costituzionale, spetta alla legislazione infracostituzionale configurare correttamente ogni settore, scegliendo le modalità di partecipazione ed i regimi ad essi applicabili⁶⁵.

Un'altra corrente dottrinale, invece, prende le mosse dal regime dei *serviços públicos*, considerando questi ultimi un'attività *in concreto*; vale a dire, lo Stato o un suo delegato forniscono o mettono a sua disposizione di un utente una determinata attività *in concreto* che è di interesse della collettività, nell'ambito di un regime giuridico tipico e specifico, in tutto o in parte, di diritto pubblico, basato sul criterio formale del *serviço adequado*⁶⁶.

Rispetto all'utente, questo servizio porta un vantaggio materiale o un beneficio che si amplia e/o migliora le condizioni di utilizzo e il godimento dei diritti fondamentali. Così, ad esempio, il trasporto di massa incrementa i diritti di circolazione, come le telecomunicazioni incrementano il numero delle modalità secondo le quali é possibi-

⁶⁴ L' Art. 170 della *Constituição* del 1988 recita: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995); Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”.

⁶⁵ A tal proposito si veda SANTOS DE ARAGAO A., *Direito dos serviços públicos*, Forense, 3/2013, p. 224-237, il quale sostiene che “*A Constituição Federal deu, então, certa margem de discricionariedade ao Legislador em relação às atividades enumeradas nos incisos X a XII do art. 21 para que, diante das evoluções tecnológicas, propiciadoras da concorrência e do princípio da proporcionalidade na sua expressão da subsidiariedade, enquadre-as como serviços públicos ou como atividades privadas de interesse público sujeitas à regulação de natureza autorizativo-operacional*”. Riguardo alla disciplina specifica dei porti, si veda JUSTEN FILHO M., *O regime jurídico dos operadores de terminais portuários*, in *Revista de Direito Público da Economia*, V. 16, 2006, p. 77-124; MARQUES NETO F. e LEITE F., *Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 231, Jan./Mar., 2003, p. 269/295, i quali affermano “*a exploração dos portos é, assim, serviço público, ainda que existam posições isoladas que afirmam o contrário*”.

⁶⁶ Rispetto a questo orientamento si veda CLEVE C.M., *Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, Serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de uso de terminais privativos mistos*, Interesse Público, ano 10, n. 51, p. 126-127, set./out. 2008.

le esercitare la libera comunicazione, l'educazione amplia la libertà di espressione, la salute amplia l'integrità fisica e psichica dei soggetti, l'elettricità, l'acqua e le fognature migliorano le condizioni materiali di vita, e così via.

Ne deriva che l'insieme di beni utilizzati per la fornitura di questi servizi non è altro che un insieme di mezzi per i servizi prestati; in altre parole, i beni connessi al servizio sono strumenti per realizzare la sua *adequada prestação*.

Pertanto, secondo questo indirizzo dottrinale, nel regime dei *serviços públicos* sono le attività *in concreto*, ad esempio le telecomunicazioni, l'elettricità, la radiodiffusione, all'acqua, le fognature, ecc, che determinano il regime giuridico attribuito alle stesse e/o ai beni che servono che servono di supporto materiale per la fornitura di tali *serviços públicos*⁶⁷.

Al contrario, nel regime giuridico del *ben público*, come viene considerato il *porto* da questa dottrina, l'utilizzo e le attività ad esso inerenti derivano da norme che lo disciplinano espressamente; pertanto, in questo ultimo caso, il servizio soggiace al regime del bene, mentre nel servizio pubblico accade esattamente il contrario, ovvero è il bene che soggiace al regime del servizio.

Ragione per la quale i due concetti non possono essere confusi.

Secondo questo orientamento, pertanto, la *Constituição* attribuisce all'*União* il potere di regolamentare il regime del "bene porto", che viene dalla stessa qualificato come *regime de uso do bem público porto*.

Ciò è dimostrato dal testo costituzionale, nel quale, quando si intende sottoporre un'attività al servizio pubblico, essa menziona espressamente il termine *serviço*, come si riscontra nell'art. 21, X, XI, XII "a", "b", "d" ed "e"⁶⁸; in tali casi, l'attività *in*

⁶⁷ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES I., *Evolução histórico jurídica do regime de exploração de porto no Brasil e o regime na Constituição de 1988*, cit., p. 192-196. L'autore è un forte sostenitore di questo orientamento, tanto che nel suo articolo divide la trattazione in due paragrafi distinti (5.1.6 e 5.1.7): *Opinião (equivocada) de parte da Doutrina* e *Opinião (não equivocada) de parte da Doutrina*, ritenendo che il porto sia un *bens público*, dalla cui definizione derivi anche una differenza dei regimi giuridici applicabili. Si legge, infatti, "Surge a partir disso também uma diferença de regimes jurídicos: (i.) uma coisa é reger o uso de um bem público e, a partir desse uso, definir quais atividades ou serviços podem ser praticadas no âmbito desse uso, definindo-se um regime jurídico específico para tanto; (ii.) outra coisa é reger uma atividade tipificada como serviço público e, por esse motivo, afetar ao regime jurídico dessa atividade de serviço público os bens utilizados na prestação dessas atividades".

⁶⁸ Nello specifico, i suddetti paragrafi dell'art. 21 della *Constituição* del 1988 recitano: "X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar,

concreto (servizio postale, i servizi di telecomunicazione, di radiodiffusione servizio radio, ecc.) assoggetta i beni utilizzati in essa ad un regime di *serviço*.

Altra parte della dottrina, evidentemente collegata a quest'ultima, ritiene che l'art. 21, nel paragrafo XII, accolga la configurazione delle attività sia come servizio pubblico sia come attività economica in senso stretto; infatti, il termine *autorização* si deve intendere radicalmente distinto dalle figure della *concessão* e della *permissão*, essendo queste ultime strumenti giuridici destinati a favorire la delegazione della prestazione del servizio pubblico per il settore privato, mantenuto il regime di diritto pubblico e le altre caratteristiche specifiche dell'istituto.

Invece, l'autorizzazione, essendo un atto statale di controllo sui requisiti per l'esercizio delle attività gestite sulla base del diritto privato, indica l'assoggettamento delle stesse ad un regime giuridico di diritto privato, che non può in alcun modo essere confuso con la fornitura di un servizio pubblico.

Ora, l'uso costituzionale della parola *autorização* legittima la conclusione che le attività riferite, ad esempio, all'art. 21, XII, lett. "b", comportano la *exploração* non solo come servizio pubblico, ma ha anche come un'attività economica soggetta ai principi della libera concorrenza e della libera impresa.

Pertanto, una stessa attività riferita all'art. 21 può essere azionata nell'ambito dei due regimi giuridici distinti: quando si configura un servizio pubblico, si parla di concessione (o di permesso); se la legge, invece, struttura la *exploração* da parte dei privati come un'attività puramente economica è prevista l'autorizzazione come requisito di legittimità delle prestazioni.

Tale dibattito, è stato attenuato dalla legislazione del 1993 e, come si vedrà, ancora più massicciamente con la recente riforma del 2013, anche se si ritiene che, in parte, il tema continuerà ad occupare la dottrina brasiliana che si interessa al tema.

In altre parole, la Costituzione del 1988 riserva la "*exploração*" dei porti all'*União Federal*, essendo questa titolare del bene porto nella sua accezione più am-

diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres".

pia; la *União* potrà, poi, concedere ai privati la “*exploração*” attraverso gli istituti della *autorização, concessão ou permissão*.

Seguendo il ragionamento fin qui svolto, si può sostenere che la Lei Maior del 1988 non innovò significativamente ciò che era stabilito nelle Costituzioni precedenti riguardo alla natura giuridica dei porti, anzi, in un certo qual modo, essa rinforzò quello che già prevedevano, ovvero che la “*exploração*” del porto, in tutta la sua estensione⁶⁹, fosse di competenza federale, così come la legislazione ordinaria della materia.

Allo stesso modo di quelle precedenti, infatti, la Carta del 1988 non delinea un regime specifico per la *exploração* dei servizi e delle strutture portuali.

Infatti, prendendo le distanze dalle teorie dottrinali sopra richiamate, in definitiva, l’art. 22, X, stabilisce *sic et simpliciter* che la *União* legifera sulla disciplina dei porti, della navigazione lacustre, fluviale e marittima, ma non prevede alcuna limitazione e/o restrizione di carattere materiale che conduca l’attività del legislatore ordinario federale sia di diritto amministrativo che di diritto privato.

Pertanto, qualora si condividesse la tesi dei limiti costituzionali materiali per la definizione legislativo-ordinaria del regime giuridico dei porti, essi andranno ricercati nei dispositivi della Costituzione attraverso l’interpretazione sistematica e, in particolare, attraverso l’applicazione dei principi di rango costituzionale.

In questo contesto, si può affermare che la *Constituição* del 1988 riconosce al legislatore ordinario un ampio margine di discrezionalità su una maggiore o minore in-

⁶⁹ A questo proposito, occorre precisare che l’ambito territoriale della sovranità statale può essere limitato dal diritto del mare, come previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare, conclusa a Montego Bay, Jamaica, il 10 febbraio 1982 ed approvata dal Congresso Nazionale attraverso il Decreto Legislativo n. 5/1987, ratificata il 22 dicembre 1987, entrata in vigore il 16 novembre 1994 e dichiarata vigente in Brasile attraverso il Decreto n. 1.530 del 22 giugno 1995. Come ha evidenziato REZEK F., *Direito internacional público*, Saraiva, 2014, p. 306, sono domini dell’*União* le acque interne, le piattaforme continentali e il mare territoriale, i quali sono indispensabili per la *exploração* delle attività portuali *lato sensu*. In relazione a questi tre elementi, MEDEIROS BONFIN A., *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, anno 12, n. 138, agosto 2012, p. 12, afferma che le acque interne sono quelle che si trovano al di sotto della linea base del mare territoriale; la piattaforma continentale è quella fascia che va dalla linea della costa fino alla curva batimetrica dei 200 metri di profondità; il mare territoriale comprende, conforme all’art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare, una fascia fino a 12.000 miglia nautiche a partire dalla linea di base, vale a dire la linea di bassa marea lungo la costa, indicata nelle carte nautiche su larga scala e riconosciute ufficialmente dallo Stato, come stabilito dall’art. 5 della suddetta Convenzione.

cidenza del regime di diritto amministrativo o, viceversa, di quello privato nella regolamentazione del regime giuridico dei porti⁷⁰.

5. Il settore portuale alla luce della Lei Federal n. 8.630/1993.

Nel corso del paragrafo precedente, si è visto come la Costituzione del 1988 riconosca all'União il potere di *explorar* i porti, direttamente o per mezzo di concessione a terzi, siano essi privati o meno (art. 21, XII, "f")⁷¹.

È il caso di rilevare che, quando la norma costituzionale entrò in vigore, prevalse nel settore la *exploração* dei porti organizzati per mezzo delle imprese statali federali, ossia le *Companhias Docas*⁷².

Il lavoro di queste compagnie fu abbastanza autonomo, in quanto non gravava su di esse una regolamentazione forte da parte del potere esecutivo⁷³ ed esse potevano rivestire allo stesso tempo sia il ruolo sia di gestori dei porti, installando e mantenendo strutture di uso comune, come i moli, sia il ruolo di fornitori dei diversi servizi, come la movimentazione e lo stoccaggio delle merci.

Tuttavia, possiamo sostenere che, già all'epoca, il modello di *exploração* statale era compromesso a causa della crisi generalizzata delle imprese statali, che si fece più acuta negli anni successivi⁷⁴.

⁷⁰ Tale conclusione è stata definita da DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES I., *Evolução histórica jurídica do regime de exploração de porto no Brasil e o regime na Constituição de 1988*, cit., p. 189, un "sistema de sistema de pêndulo legislativo entre o direito público e o direito privado que somente pode ser posto em xeque por meio do desvio de finalidade do legislador (no limite: por meio da irrazoabilidade e/ou desproporcionalidade)".

⁷¹ Come ricorda SUNDFELD C. A., *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?*, in *Portos e seus Regimes Jurídicos*, BOCKMANN MOREIRA E., Belo Horizonte, Fórum Editora, 2014, p. 30, la previsione costituzione fu una novità, in quanto le Costituzioni brasiliane anteriori riconoscevano all'União la competenza legislativa sul "regime dos portos", ma non la prestazione dei servizi.

⁷² Coesistevano comunque anche porti pubblici importanti amministrati direttamente dagli Stati federali, come ad esempio il Porto de Suape, in Pernambuco, e Porto de Rio Grande, nel Rio Grande do Sul, come delegati dall'União (la delegazione dei porti fu trattata nella *Lei n° 9.277/1996*. Invece, un caso di concessione a privati fu quello del Porto de Imbituba, rimasto tale fino al 2012.

⁷³ È il caso di ricordare che dal 1975 queste compagnie erano controllate dall'impresa statale *Portobrás*, il cui comando in pratica fu molto limitato per ragioni essenzialmente politiche; infatti, i dirigenti venivano nominati tra i rappresentanti politici di turno. Una delle ragioni per cui nel 1990 la *Portobrás* fu soppressa e le varie *Companhias Docas* furono vincolate direttamente al Ministero di settore.

⁷⁴ In particolare, la normativa di regolamentazione del settore portuale non era più adeguata rispetto alla crescente domanda e allo slancio nel commercio esterno che il Brasile aveva raggiunto in quel periodo. A questo proposito, PEREIRA C. L. B., considerato il promotore della riforma dello Stato in Brasile, nella sua opera *A Reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle, Brasília*,

La prima risposta a questa crisi arrivò nel 1993 con la promulgazione della Lei Federal n. 8.630, chiamata anche *Lei de Modernização dos Portos*, per via delle novità che introdusse nel settore portuale, prima fra tutte, la facilitazione per le imprese private all'accesso nelle infrastrutture portuali.

In particolare, due soluzioni furono determinanti per facilitare le concessioni ai privati.

In primo luogo, fu introdotto il contratto di *arrendamento portuário*⁷⁵, che si proponeva come un importante strumento per concedere alle imprese private i diritti di uso e di sfruttamento delle installazioni portuali, generando una sorta di parziale privatizzazione delle attività all'interno dei porti organizzati.

L'art. 4° prevedeva, infatti, che attraverso la figura dell'*arrendamento*, i privati potessero *construir, reformar, ampliar, melhorar e explorar* le installazioni portuali di uso pubblico⁷⁶.

In ordine a questo aspetto, la dottrina brasiliana ha parlato di privatizzazione sia perchè gran parte delle installazioni diventò di esclusivo utilizzo dei privati riguardo alla movimentazione delle merci, sia perchè si riconobbe ai privati una certa libertà nell'*exploração*, come per esempio nel contenuto dei contratti stipulati con i clienti⁷⁷.

Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p.12-19, descrive il quadro nel quale lo Stato si trovava tra la fine degli anni '80 e l'inizio dei '90: "*A crise do Estado a que estou me referindo não é um conceito vago. Pelo contrário, tem um sentido muito específico. O Estado entra em crise fiscal, perde em graus variados o crédito público, ao mesmo tempo que vê sua capacidade de gerar poupança forçada a diminuir, senão a desaparecer, à medida que a poupança pública, que era positiva, vai se tornando negativa. Em consequência, a capacidade de intervenção do Estado diminui dramaticamente. O Estado se imobiliza*". Secondo PEREIRA, inoltre, per superare questa situazione di immobilità, era necessario rompere con i modelli vigenti, in modo da costruire un nuovo modello di Stato per il XXI secolo. Le caratteristiche di questo nuovo modello sarebbero dovute essere: a) la delimitazione delle attività di Stato, con riduzioni del personale, attraverso la l'esternalizzazione, la privatizzazione e la pubblicità; (b) la riduzione dell'intervento dello Stato nell'economia, divenendo questo uno Stato regolatore, promotore della concorrenza; (c) l'aumento della *governança*, vale a dire dell'efficacia delle azioni di governo, realizzabili con riforme amministrative; (d) l'aumentato della *governabilidade*, vale a dire, del potere del governo, garantendo la molteplicità delle istituzioni democratiche, attraverso le riforme politiche.

⁷⁵ Il termine *arrendamento* può essere letteralmente tradotto in italiano con il termine *locazione*. Si ricorda che l'*arrendamento portuário* già esisteva come figura giuridica dal 1886 e la *Lei* del 1993 ne perfezionò il regime, onde permettere il suo uso come strumento della politica di privatizzazione, che si voleva adottare. Si veda DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES I., *Evolução histórico jurídica do regime de exploração de porto no Brasil e o regime na Constituição de 1988*, cit., p. 150.

⁷⁶ Il *caput* dell'art. 4 della Lei 8.663/1993 disponeva: "*Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária (...)*".

⁷⁷ Così SUNDFELD C. A., *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?*, cit., p. 30.

Si badi, però, che gli *arrendatários* che operavano all'interno dei porti organizzati erano vincolati ad alcune obbligazioni, sia di base contrattuale⁷⁸, ad esempio il pagamento all'impresa statale del prezzo dell'*arrendamento*, sia di base regolamentare, quali il pagamento delle tariffe portuali.

In questi casi, secondo lo schema della *Lei* 8.630/1993, le operazioni "*de movimentação de passageiros ou a de movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário*" dovevano essere realizzate attraverso gli "*operadores portuários*" (art. 1°, § 1, inc. II) e, dunque, il titolare del porto organizzato (l'*União* o il *concessionário*) non poteva realizzare direttamente le attività sopra descritte.

L'art. 1° § 1, inc. III, dettava la nozione di operatori portuali, ovvero persone fisiche o giuridiche atte a svolgere, in modo permanente e continuo, le operazioni di movimentazione e/o di stoccaggio delle merci destinate o provenienti dal trasporto via acqua⁷⁹.

In secondo luogo, la *Lei* del 1993 fu giuridicamente più audace di quelle precedenti, prevedendo espressamente la realizzazione, da parte dei privati, di infrastrutture portuali, denominate *terminal de uso privativo*, il cui regime era di completa libertà.

Libertà, in quanto l'iniziativa di queste concessioni era privata e non statale; libertà a cospetto della stessa *União*, la quale non aveva molti poteri per regolamentare l'attività dei terminali (non poteva, ad esempio, regolamentare i prezzi o gli obblighi dei terminali privati con terzi); libertà nel caso di terminali privati fuori delle aree dei porti organizzati, per via dell'assenza di qualsiasi vincolo con una amministrazione a base pubblica dei porti; libertà perché questi porti potevano movimentare sia carichi propri sia carichi di terzi.

⁷⁸ È interessante richiamare l'opinione di SCHIRATO V. R., *A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil*, op. cit., p. 178, secondo il quale il contratto di *arrendamento* delle installazioni portuali è un contratto di diritto pubblico che può essere firmato anche tra privati. Ciò è possibile perché "*o arrendatário será a autoridade portuária do porto organizado onde se localizar o arrendamento, que, conforme já assentando, poderá ser concessionário privado da união federal*".

⁷⁹ Si badi che la dottrina brasiliana, riguardo alla definizione di *operadores portuários*, ha ritenuto che la *Lei* 8.630/1993 fu estremamente imprecisa. Si veda FILHO M. J., *Regulação Portuária no Direito brasileiro*, in *Revista de Direito Público e regulação*, n. 4, nov. 2009, p. 15.

Il §2° dell'art. 4 della *Lei* prevedeva, infatti, che la *exploração* delle strutture portuali fosse di: “*I - uso público; II - uso privativo: a) exclusivo, para movimentação de carga própria; b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros; c) de turismo, para movimentação de passageiros*⁸⁰; *d) Estação de Transbordo de Cargas*⁸¹”.

L'implementazione di queste strutture dipendeva da una specifica autorizzazione rilasciata dall'*União*, a seguito di un procedimento di controllo preventivo iniziato dietro specifica richiesta di un interessato⁸².

Il controllo non avveniva attraverso un procedimento *licitatório*⁸³ e l'autorizzazione non si inquadrava nell'alveo delle discipline della *concessão* o *permissão*, poiché l'Autorità competente⁸⁴ ad analizzare la richiesta si limitava a verificare il rispetto dei requisiti previsti dalle legge, tra i quali spiccava certamente la compatibilità con il *Plano General de Outorgas*⁸⁵, oltre all'esame della fattibilità tecnica ed economica del progetto.

Pertanto, non vi era alcun processo selettivo tra le parti interessate e, una volta approvata la richiesta, veniva rilasciata l'autorizzazione, che si concretizzava con la sottoscrizione del contratto di adesione tra l'impresa privata e l'*União*.

Dal tenore letterale della *Lei*, che non prevedeva la temporaneità dell'autorizzazione e l'obbligatorietà per i contratti di adesione di prevedere espressamente le cause di estinzione, ha prevalso, nella dottrina dell'epoca, la conclusione che non si trattava dell'istituto della *autorização* comunemente conosciuto nel diritto amministrativo, poiché il contratto di adesione in questione non godeva del requisito

⁸⁰ Novella introdotta dalla *Lei* n. 11.314 del 3 luglio 2006.

⁸¹ Novella introdotta dalla *Lei* n. 11.518 del 5 settembre 2007.

⁸² Nel testo di legge l'autorizzazione poteva essere data in due casi: “*Art. 4 (...) § II - de autorização do órgão competente, quando se tratar de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte, de Estação de Transbordo de Cargas ou de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado*”.

⁸³ Il *procedimento licitatório* corrisponde sostanzialmente alla gara d'appalto.

⁸⁴ Come si vedrà, dopo la creazione dell'*ANTAQ* (*Agência Nacional de Transportes Aquaviários*), con la *Lei* n. 10.233/2001, l'esame delle richieste di autorizzazione veniva effettuato dall'*Agência*, che assunse anche la competenza per il controllo delle infrastrutture portuali.

⁸⁵ Si badi che inizialmente la compatibilità con il *Plano Geral de Outorgas* non era prevista dalla normativa del 1993. Si trattava, infatti, di un progetto, introdotto con la *Lei* n. 11.518/2007, che definiva le direttrici riguardo alla necessità di nuove strutture portuali in Brasile e, grazie ad esso, il Governo decideva quali Regioni del Paese necessitavano di nuovi porti, aprendo così la possibilità di intervento per gli operatori privati.

della precarietà e il procedimento decisorio non era propriamente discrezionale, come inteso nella scuola amministrativa.

La *Lei* faceva, inoltre, una distinzione implicita tra il porto pubblico (il porto organizzato, in genere *explorado* da un'impresa statale federale, ove i privati potevano operare come *arrendatários*) e il porto privato (*il terminal de uso privativo, sia exclusivo sia di uso misto*, realizzato grazie ad un'autorizzazione), come base delle norme, se vogliamo disarmoniche, riguardanti gli operatori privati ammessi al settore (*arrendatários e autorizatários*)⁸⁶.

Pertanto, i porti organizzati continuarono ad essere porti pubblici, i quali potevano essere sfruttati direttamente o indirettamente, attraverso l'istituto della *concessão* da parte degli operatori privati; il *caput* dell'art. 1 stabiliva, infatti, che la *exploração del porto organizado* dovesse essere effettuata direttamente o mediante *concessão* da parte dell'*União*.

Tuttavia, occorre precisare che la *Lei* in questione non forniva la definizione esplicita di *terminais de uso pubblico*, ma solo quella di porto organizzato: “*Art. 1 (...)§ 1º, I - Para os efeitos desta lei, consideram-se: I - Porto Organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária*”.

Detta definizione corrispondeva essenzialmente a ciò che la dottrina, fino a quel momento, chiamava *porto artificial*: un luogo adeguatamente attrezzato per consentire il migliore utilizzo e lo sfruttamento di acque calme⁸⁷.

⁸⁶ Durante la vigenza della *Lei* del 1993 furono molte le polemiche sul regime di autorizzazione dei porti privati e della loro convenienza rispetto ai porti pubblici. Si veda al riguardo SUNDFELD C. A. - CÂMARA J. A., *Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias*, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, v. 10, n. 37, p. 9-26, jan./mar. 2012; e SUNDFELD, C. A. - CÂMARA J. A., *Terminais portuários de uso misto*, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, v. 6, n. 23, p. 59-74, jul./set. 2008. Per una trattazione più recente: MOREIRA E. B., *Exploração privada dos portos brasileiros: concessão versus autorização*, in *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 1, n. 0, p. 31-45, maio/jun. 2013.

⁸⁷ CRETELLA JUNIOR J., *Tratado do domínio público*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 225, secondo il quale “*Porto artificial é o que depende de interferência do Estado, que providencia obras de aparelhamento para a melhor utilização das águas e da terra contígua, tais como as de proteção contra ventos e correntes, ou as de escavação para aumentar o espaço líquido, de molde a permitir o fundeamento de barcos de grande calado*”.

La *Lei* fornì, invece, una definizione, seppur imprecisa, di *terminal di uso privato*: “Art. 1 (...)§ 1º, V - *Instalação Portuária de Uso Privativo: a explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário*”⁸⁸.

Sulla base delle definizioni sopra riportate, la dottrina brasiliana si è interrogata sulla differenza sostanziale delle due figure, posto che entrambe erano destinate alla movimentazione delle persone e delle merci, oltre allo stoccaggio di queste ultime merci e che la distinzione non poteva riguardare la condizione del titolare del terminal, posto che la *exploração* da parte della persona giuridica di diritto pubblico o privato poteva effettuarsi sia nel terminal di uso privato sia in quello pubblico⁸⁹.

Una differenza rilevante risiede nella circostanza che i terminali di uso privato potevano operare tanto all'interno dei porti organizzati quanto fuori da essi.

Ciò può essere desunto dall'art. 4, § 3, ove disponeva che i terminali di uso pubblico potevano essere *explorados* solo all'interno dei porti organizzati.

È evidente, tuttavia, che questa differenza fosse secondaria, essendo una mera conseguenza delle caratteristiche essenziali che distinguevano le due figure nella disciplina di cui alla *Lei* del 1993.

In particolare, secondo la dottrina maggioritaria, l'utilizzo dei termini *uso público* e *uso privativo* era diretta conseguenza della dicotomia emersa dalla disciplina costituzionale 1988, che includeva le attività portuali nel servizio pubblico⁹⁰.

In altre parole, la Costituzione imponeva l'esistenza del servizio pubblico per garantire la circolazione dei passeggeri e la movimentazione e lo stoccaggio di merci, quando provenienti da o destinati ai trasporti per via acqua. Pertanto, il riferimento alle strutture di uso pubblico richiedeva un'interpretazione coerente, la quale conduceva al riconoscimento che tali terminali rappresentavano lo strumento attraverso cui l'*União* riconosceva la determinazione costituzionale dell'esistenza del servizio pubblico.

⁸⁸ Si precisa che l'inciso fu introdotto attraverso la *Lei* n. 11.314/2006.

⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO A., *Curso de Direito Administrativo*, cit., 2006, p. 652; ZANELLA DI PIETRO M. S., *Direito Administrativo*, cit., p. 61; JUSTEN FILHO M., *Concessões de Serviço Público*, cit. 97, p. 61

⁹⁰ FILHO M. J., *Regulação Portuária no Direito brasileiro*, cit., p. 18.

Ciò significa che le operazioni effettuate nell'ambito dei terminal pubblici erano subordinate al servizio pubblico, rispondendo ai *princípios da indisponibilidade dos interesses a serem satisfeitos, da continuidade, da universalidade*⁹¹.

Di conseguenza, l'uso privato di strutture portuali rappresentava espressione dell'attività economica in senso stretto; si trattava, nello specifico, di attività imprenditoriali subordinate al concetto di libera impresa, dove il privato investiva le proprie risorse per svolgere attività disciplinate dal diritto privato. In questo caso, le operazioni non erano subordinate ai summenzionati principi di continuità e di universalità e né gravava su di esse il regime di diritto pubblico⁹².

Considerando poi che i terminal privati potevano essere di tre tipi, ovvero di uso esclusivo, di uso misto o di uso per il turismo e che la lettera "a" dell'art. 4, § 2, stabiliva che l'uso privato esclusivo dei terminali era destinato esclusivamente alla movimentazione delle merci proprie⁹³, significa che essi erano esclusi dagli strumenti di prestazione dei servizi pubblici.

Il requisito di *carga própria* indicava, quindi, che il terminal portuali privati dovevano essere progettati non per servire il mercato, bensì per fornire servizi al pubblico in generale.

Pertanto la *Lei* in questione non dava, intenzionalmente⁹⁴, una definizione del concetto di *carga própria*, onde evitare la consacrazione di un significato eccessivamente rigido ed astratto; tuttavia, si può affermare che esso era correlato alla titolarità di diritti che assicuravano ad un soggetto il diritto di usare, fruire e disporre per una determinata merce. In questo senso, infatti, la *carga própria* per eccellenza è quella di proprietà di un soggetto. Ciò permette di affermare che il terminal portuale di uso privato esclusivo poteva movimentare solo carichi di proprietà del suo titolare.

È chiaro che il termine *carga própria* rispecchiava un contenuto più economico che giuridico, avendo, il legislatore brasiliano, preferito usare un vincolo di natura

⁹¹ Così FILHO M. J., *Regulação Portuária no Direito brasileiro*, cit., p. 15.

⁹² Ciò significa essenzialmente la mancanza di controllo diretto da parte dell'*União* e di competenza regolatoria pubblica.

⁹³ Così l'art. 4, §2°, lett. "a": *II - uso privativo: a) exclusivo, para movimentação de carga própria*.

⁹⁴ FILHO M. J., *Regulação Portuária no Direito brasileiro*, cit., p. 18.

economica che assicurasse il collegamento tra il carico e l'imprenditore, titolare del terminal⁹⁵.

La *Lei*, inoltre, non conteneva una disciplina esplicita per l'uso privato misto dei terminal, limitandosi, all'art. 4º, § 2º, II, lettera "b", a stabilire che la *exploração* delle strutture portuali di *uso privativo* potesse essere anche "*misto, para movimentação de carga própria e de terceiros*".

Ciò non significava che questi terminal potessero essere sfruttati in qualsiasi modo e per qualsiasi scopo, sulla base delle esigenze degli operatori.

Tale interpretazione sarebbe stata incompatibile con le regole ermeneutiche brasiliane: se la *Lei* faceva una esplicita distinzione tra i terminal privati di uso esclusivo e i terminal privati di uso misto, significa che non era possibile per l'interprete negare tale distinzione.

Pertanto, l'unica interpretazione che poteva essere data al dispositivo in questione era di ritenere che il terminal di uso privato misto consentiva operazioni con carichi propri e carichi che tali non erano.

Tuttavia, l'ammissione di movimentazione di carichi di terzi in terminal di uso privato rappresentava un'eccezione, trattandosi di una soluzione anomala dettata dal legislatore brasiliano⁹⁶.

L'eccezione era connessa essenzialmente all'uso economico del terminal privato rispetto alla capacità economica dello stesso; ciò significa che i terminal privati di

⁹⁵ FILHO M. J., *Regulação Portuária no Direito brasileiro*, cit., p. 19, ritiene che se il concetto di *carga própria* fosse valutato considerando criteri giuridici formali, sarebbe possibile applicare negozi giuridici indiretti: "*se a exigência de "carga própria" fosse avaliada em vista de critérios jurídicos formais, estaria aberta a oportunidade para os negócios indiretos. Para exemplificar, bastaria um terceiro transferir fiduciariamente a propriedade do bem para o titular do terminal portuário. Outra alternativa seria a constituição de direitos reais limitados (usu- fruto, por exemplo). Ou haveria a transferência da posse temporária. Existe um grande número de negócios e de institutos jurídicos aptos a produzir efeitos para satisfazer uma exigência legal configurada segundo um modelo puramente formal. Esse é o motivo pelo qual a Lei se valeu de um conceito de conteúdo, antes do que de forma. Bem por isso, não pode ser aceita a alternativa da integração totalmente acessória e economicamente irrelevante da carga na atividade do operador portuário. Isso ocorre nas hipóteses em que o operador (ou empresa a ele vinculada) assume obrigação sem maior relevância (tal como a atividade de embalagem)*".

⁹⁶ Così FILHO M. J., *Regulação Portuária no Direito brasileiro*, cit., p. 20.

uso misto potevano movimentare merci altrui solo quando la struttura rimaneva inutilizzata⁹⁷.

Così, la movimentazione dei carichi di terzi non rappresentava certamente un elemento essenziale della configurazione di questo tipo di terminal, ma si presume che essi avessero, come prima finalità, la movimentazione di carichi propri e, solo accessoriamente, la possibilità di movimentare carichi di terzi.

Pertanto, la *Lei* consacrava un sistema di servizio portuale, che ammetteva tre distinte ipotesi: la prima che offriva i servizi pubblici portuali (*serviços públicos portuários*), disciplinati dal regime di diritto pubblico, somministrati direttamente dall'*União* o attraverso la delega; la seconda che riconosceva l'*auto-serviço portuário*, dove la movimentazione era eseguita solo per i carichi propri; la terza che consisteva nella movimentazione dei carichi di terzi, oltre i propri carichi, effettuata da parte dei titolari del terminal privati misti.

Pertanto, si può concludere come, nel modello previsto dalla *Lei* n. 8.630/1993, non vi fosse alcuna possibilità di una vera e propria fornitura privata dei servizi portuali a favore di terzi in genere, essendovi solo l'opportunità di movimentare, nei terminal privati di uso misto, carichi di terzi, in aggiunta ai propri.

6. Bevi cenni sulla legislazione ordinaria e secondaria dopo la promulgazione della *Lei* n. 8.630/1993.

La *Lei* n. 8.630/1993 rimase oltre dieci anni senza regolamentazione, contribuendo così ad alimentare incertezze e problemi in ordine alla sua applicazione e/o interpretazione relativamente ai *terminal privativi de uso mixto*.

Solo con la *Resolução ANTAQ* (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) n. 517/2005, primo atto normativo ad affrontare la tematica, fu stabilito un limite espresso alla movimentazione dei carichi di terzi.

⁹⁷ Si veda, a tal proposito, LOBO C. A. da Silveira, *Os terminais Portuários na Lei n. 8.630/93*, cit., p. 28, il quale ritiene che “*O terminal privativo é um verdadeiro estabelecimento da empresa a que pertence e integra sua atividade industrial ou comercial, até porque a finalidade precípua do terminal é a movimentação da carga própria, relacionada com o empreendimento. A movimentação de carga de terceiros visa a ocupar a capacidade ociosa do terminal*”.

Detto atto amministrativo statuiva, innanzitutto, che il suo scopo era quello di fissare i criteri di autorizzazione, nonché il procedimento per la concessione delle autorizzazioni per la *construção*, la *exploração* e la *ampliação* dei terminal portuali di uso privato, in conformità con il disposto di cui all'art. 4°, II, della *Lei* n. 8.630/1993⁹⁸.

A seguire, l'art. 2° definiva espressamente i concetti di: “*I - outorga de autorização: ato administrativo unilateral, editado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários-ANTAQ, que autoriza a empresa privada ou entidade pública constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, que atenda aos requisitos técnicos econômicos e jurídicos estabelecidos, a construir, a explorar e a ampliar terminal portuário de uso privativo; II - terminal portuário de uso privativo exclusivo: a instalação, não integrante do patrimônio do porto público, construída ou a ser construída por empresa privada ou entidade pública para a movimentação ou movimentação e armazenagem de carga própria, destinada ou proveniente de transporte aquaviário; III - terminal portuário de uso privativo misto: a instalação, não integrante do patrimônio do porto público, construída ou a ser construída por empresa privada ou entidade pública para a movimentação ou movimentação e armazenagem, além da carga própria, de carga de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, na forma do disposto nesta Norma; IV - carga própria: a que pertença a pessoa jurídica autorizada ou a pessoa jurídica que seja sua subsidiária integral ou controlada, ou a pessoa jurídica de que a autorizada seja subsidiária integral ou controlada ou, ainda, que pertença a pessoas jurídicas que integrem grupo de sociedades de que a autorizada seja integrante, como controladora ou controlada, na forma do disposto nos arts. 265 a 268 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976; V - carga destinada ou proveniente de transporte aquaviário: a carga movimentada direttamente de embarcação atracada no próprio cais do terminal portuário de uso privativo”.*

⁹⁸ Così nell'art. 1°, rubricato “*Do obgeto*”. Per il vero la summenzionata norma stabiliva anche la conformità con *Lei* n. 10.233/2001, la quale, riferendosi espressamente all'art. 21 della Costituzione del 1988, istituì il *Sistema Nacional de Viação* (già previsto dalla *Lei* n. 5.917/1973) e creò l' *Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ* e il *Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT*.

Dagli articoli sopra indicati, si evince immediatamente come la Risoluzione confermò sostanzialmente la tesi sostenuta nel paragrafo precedente in ordine ai limiti di movimentazione dei carichi altrui nei *terminal de uso privativo misto*.

L'atto, in particolare, partiva dalla premessa che lo sviluppo del servizio portuale, ovvero delle attività messe a disposizione degli interessati in generale, secondo i criteri di *isonomia, generalidade e continuidade* (uguaglianza, generalità e continuità)⁹⁹, era riservato primariamente alle installazioni portuali di uso pubblico. Queste erano oggetto di contratti di *arrendamento* e, pertanto, rispetto al principio della *licitação*, erano sottomesse al servizio di regime pubblico ed i criteri di autorizzazione alla concessione riflettevano la concezione che le installazioni portuali private non erano destinate a sostituire in alcun modo gli impianti di uso pubblico.

La stessa definizione di *terminal de uso privativo misto*, ove viene specificato che dette installazioni non integrano il patrimonio del porto pubblico, esplicita perfettamente questa volontà del legislatore brasiliano.

Il legislatore, oltre alla definizione di *carga própria*, impose anche un obbligo di stima da parte degli interessati della quantità minima di movimentazione delle proprie merci, da determinarsi nel contratto di adesione, secondo uno studio tecnico specializzato, oltre la sua fattibilità e l'indicazione, nel caso di movimentazione di carichi di terzi, della loro natura¹⁰⁰. L'omessa movimentazione dei volumi indicati *ab origine* prevedeva una multa¹⁰¹, cumulabile con la revoca dell'autorizzazione¹⁰².

⁹⁹ FILHO M. J., *Regulação Portuária no Direito brasileiro*, cit., p. 21.

¹⁰⁰ Riguardo a questo punto, la Resolução ANTAQ n. 517/2005, prevedeva espressamente: “Art. 5º, II, lettera “c” - A interessada na autorização de que trata esta Norma deverá dirigir requerimento à ANTAQ, instruído com a seguinte documentação: (...) II - Habilitação Técnica: c) declaração da requerente especificando as cargas próprias que serão movimentadas no terminal, com movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só, de conformidade com estudo técnico especializado, a sua implantação, e, com relação às cargas de terceiros, se houver, a natureza destas; (...) Art. 12º - XV - realizar a movimentação mínima anual de carga própria na conformidade do especificado na declaração de que trata o art. 5º, inciso II, alínea c”.

¹⁰¹ “Art. 16º - São infrações: (...) XIV- deixar de efetuar, injustificadamente, a movimentação mínima anual de carga própria constante da declaração de que trata o art. 5º, inciso II, alínea c, ou, para o caso dos terminais já em operação, a movimentação de carga própria de acordo com o objeto do terminal (Multa de até 50.000,00)”.

¹⁰² “Art. 15º - As multas estabelecidas na Seção II deste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente com as demais penalidades de que tratam os incisos I, III, IV e V do art. 13 e em sua aplicação será considerado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da infração e a gradação da penalidade. Parágrafo único. A aplicação, pela ANTAQ, de multa decorrente de infração da ordem econômica, na conformidade do disposto no § 2º do art. 78-F da Lei no 10.233, de 2001, independentemente das penalidades aplicadas pelos órgãos competentes, observará o limite máximo previsto na legislação específica”.

Successivamente, il Decreto Federal n. 6.620/2008 intervenne nuovamente sulla Lei dos Portos, ribadendo ulteriormente che le strutture portuali di uso privato erano destinate alla movimentazione di carichi propri nel terminal di uso esclusivo e alla movimentazione prevalente di carichi propri e, solo sussidiariamente ed eventualmente, di terzi nei terminal portuali di uso misto¹⁰³.

Oltre alla residualità dell'ammissione dei carichi di terzi nei terminal autorizzati, il Decreto prevedeva che detti carichi dovessero essere compatibili con le caratteristiche tecniche dell'infrastrutture e della *superestrutura* del terminal autorizzato, dovendo avere le stesse caratteristiche di stoccaggio e di movimentazione e la stessa natura del carico autorizzato, che giustificasse tecnicamente ed economicamente la richiesta dell'installazione del terminal privato¹⁰⁴.

La stessa struttura fu ribadita dalla *Resolução ANTAQ* n. 1.660/2010 e ratificata dalla successiva n. 1.650/2010.

Si può, pertanto, concludere questo paragrafo sostenendo che la normativa fin qui esposta ha sviluppato un'apertura verso la crescita concorrenziale del settore portuale brasiliano¹⁰⁵, anche in considerazione della crescente domanda di investimenti da

¹⁰³ “Art. 35° - “As instalações portuárias de uso privativo destinam-se à realização das seguintes atividades portuárias: I - movimentação de carga própria, em terminal portuário de uso exclusivo; II - movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros, em terminal portuário de uso misto (...)”.

¹⁰⁴ “Art. 2º, X, Carga de Terceiros - aquela compatível com as características técnicas da infraestrutura e da superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, e a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, e cuja operação seja eventual e subsidiária”.

¹⁰⁵ Riguardo alla concorrenza nel settore portuale, sotto la vigenza della Lei n. 8.630/1993, SCHIRATO V. R., *A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuario no Brasil*, in *Revista de Direito Publico da Economia*, ano 6, jul./set. 2008, p. 171, ha effettuato due considerazioni fondamentali: la prima, relativa all'assoluta inesistenza di incompatibilità tra concorrenza e servizio pubblico nel settore portuale e, la seconda, relativa alla possibilità di una concorrenza effettiva tra i distinti terminal portuali in conseguenza della normativa previgente. Circa la prima considerazione, ha rilevato che in Brasile non vi era alcuna normativa che determinasse che un'attività non fosse soggetta al regime concorrenziale per essere servizio pubblico; al contrario, vi erano diversi dispositivi che determinavano la possibilità della concorrenza in diversi settori del servizio pubblico, compreso quello portuale, ed anzi l'istituzione del servizio pubblico, a prescindere dalla protezione del mercato, imponeva al Potere Pubblico l'obbligo di prestare determinate attività, al fine di soddisfare i diritti soggettivi pubblici dei privati. Pertanto, alla luce di ciò, nel sistema brasiliano, la presenza dei servizi pubblici nel settore portuale non ha mai escluso un regime concorrenziale. Quanto alla seconda questione, ha considerato che, spesso, si può avere concorrenza tra beni o servizi fungibili tra loro; in questo senso, ha parlato *cenário efetivamente concorrencial*, quando per un utente è indifferente scegliere tra un bene o l'altro o un servizio e l'altro. Su questo ultimo punto si veda anche VALDES PRIETO V., *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago, Editorial Juridica de Chile, 2006, p. 38.

parte di imprese brasiliane e straniere, che negli ultimi anni hanno manifestato sempre più interesse nell'accesso ai porti privati e, in particolare, ai terminal privati di uso misto.

Apertura che, all'attualità, ha visto la promulgazione della Lei n. 12.815/2013, che segna un nuovo momento di crescita del settore, soprattutto come superamento definitivo dello scenario monopolista dettato dal *marco legislativo* del 1934, avendo come obiettivo principale il rafforzamento dei capitali privati, riconosciuti motore per l'espansione e per il miglioramento delle attività portuali.

L'ATTUALE SCENARIO PORTUALE BRASILIANO

1. Brevi considerazioni generali.

Il trasporto marittimo in Brasile rappresenta la via principale del commercio internazionale, come riferiscono i dati dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) e il Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC)¹⁰⁶.

Tuttavia, nel 2012, gli indici di competitività del settore, secondo il *racking* globale, erano assolutamente allarmanti: il Brasile, infatti, nella classifica dell'efficienza dei porti, definita dalla Banca Mondiale, era considerato tra i peggiori paesi al mondo, ricoprendo la 106^a posizione tra 118, a causa del tempo medio di 5,5 giorni per lo scarico delle merci, contro la media mondiale di tre giorni, occupando, nella classifica di qualità dell'infrastruttura del *Fórum Econômico Mundial*, la posizione numero 135^a su 142 Paesi¹⁰⁷.

Questa precarietà era dovuta a numerosi fattori che prescindono dal mero aspetto giuridico, ma che certamente non sono indifferenti ad esso, soprattutto qualora si prenda in considerazione la regolamentazione e l'importante ruolo che essa riveste nel settore.

¹⁰⁶ Secondo i dati presentati dalla FIRJAN (un'organizzazione privata, senza fini di lucro, con oltre 7.500 imprese associate, avente la missione di "*promover competitividade empresarial, educação e qualidade de vida do trabalhador da indústria e de toda a sociedade, contribuindo para o desenvolvimento sustentável do estado do Rio*") nella Nota Técnica di commento alla Medida Provisória n° 595, successivamente convertita nella *Lei* n° 12.815/2013: "*O transporte marítimo é a principal via do comércio internacional, tendo respondido em 2012 por 90% do volume (9 bilhões de toneladas) e 50% do valor (US\$9,1 trilhões) das transações, segundo dados da Organização Mundial do Comércio. No Brasil o setor movimentou em 2012 um total de 652 milhões de toneladas, equivalente a 95% do volume nacional, atingindo US\$371 bilhões ou 80% do valor transacionado, segundo o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC)*". Si veda Nota Técnica FIRJAN – MPV 595: *principais mudanças introduzidas no setor portuário e ajustes necessários para garantir o aumento da competitividade brasileira*. Disponibile in http://www.siquirj.com.br/upload/Nota_Tecnica_MPV_595.pdf

¹⁰⁷ Dati rilevati sempre dalla *Nota Técnica FIRJAN – MPV 595: principais mudanças introduzidas no setor portuário e ajustes necessários para garantir o aumento da competitividade brasileira*.

Con l'inizio del processo di privatizzazione nel 1990, il governo brasiliano ha iniziato a ridurre il proprio coinvolgimento diretto nell'economia, agevolando lo sviluppo dei mercati e la loro pianificazione al fine di favorire la concorrenza, assumendo, allo stesso tempo, una posizione regolatoria mediante l'impiego di agenzie tecniche ed indipendenti.

A parte i problemi dovuti alla politicizzazione delle menzionate agenzie, sono stati creati *marcos regulatórios*¹⁰⁸, per guidare lo sviluppo settoriale dell'infrastruttura logistica nazionale.

Poiché, secondo la concezione economica del diritto, tali *marcos regulatórios* settoriali sono microsistemi deputati alla creazione di incentivi e disincentivi per il raggiungimento di determinati obiettivi¹⁰⁹, quali ad esempio l'aumento dell'offerta, l'universalizzazione, la concorrenza, la protezione degli utenti, l'efficienza e lo sviluppo tecnologico, la loro riforma è stata considerata il modo per superare le problematiche che hanno riguardato l'infrastruttura logistica nazionale in generale.

In questa prospettiva, il settore portuale è stato oggetto di significative modifiche a partire dalla promulgazione della *Lei* n. 8.630/1993, conosciuta anche come *Lei de Modernização dos Portos* che, come visto nel paragrafo precedente, ha disciplinato il regime giuridico della *exploração* dei porti organizzati e delle strutture portuali sino alla sua abrogazione, avvenuta nel 2013.

¹⁰⁸ La traduzione letterale di *marco regulatório* è quadro normativo. Tuttavia per dare una definizione completa si veda ARAGÃO A. S., *O marco regulatório dos serviços públicos*, in *Interesse Público – IP*, p. 72-90, secondo il quale: “*Em um mundo onde as relações econômicas, sociais, políticas e até mesmo pessoais estão cada vez mais sujeitas a instabilidades e a mudanças imprevisíveis ou imprevisíveis, mister se faz, mormente nos serviços públicos, pelos altos investimentos que demandam e relevantes interesses públicos que envolvem, que sejam estabelecidos parâmetros normativos mínimos, em razão dos quais a instabilidade seja mitigada. Estes parâmetros normativos dotados de maior estabilidade, mas aptos a serem eventualmente adaptados/atualizados no futuro, constituem o que a doutrina do Direito Administrativo Econômico chama de marco regulatório. O marco regulatório propicia a estabilidade necessária para os investidores em serviços públicos, cujos contratos de delegação são celebrados por décadas, ainda que a total segurança jurídica seja impossível de ser alcançada no mundo contemporâneo e, menos ainda, em se tratando de atividades em relação às quais a Administração Pública possui ius variandi para adaptá-las constantemente à evolução dos interesses públicos. O marco regulatório não deve engessar a adaptação do serviço público à evolução político-social da sociedade, devendo deixar espaços em que os reguladores possam se mover para, em cada conjuntura, estabelecer as regras que melhor atendam ao interesse público, sempre respeitadas as garantias básicas dos delegatários e usuários*”.

¹⁰⁹ Una utile definizione di marco regulatório è stata elaborata anche da JOPPERT RAGAZZO C. E., *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*, p. 241, disponibile su http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=carlos_ragazzo: “*Um marco regulatório é uma engrenagem que visa a criar uma estrutura de incentivos para os agentes que participam do respectivo setor*”.

Gli obiettivi della legislazione del 1993 erano: (i) attrarre investimenti privati, attraverso la modernizzazione delle infrastrutture portuali brasiliane; (ii) promuovere la concorrenza nei terminal portuali, producendo esternalità positive per il settore e cercando di raggiungere l'efficienza attraverso la concorrenza; (iii) raccogliere fondi per il *Poder Público*, attraverso l'*arrendamento* degli impianti portuali; (iv) estinguere il monopolio della gestione dei lavoratori portuali.

Grazie ad essa, si è consolidato un quadro normativo stabile, composto da un organismo di regolamentazione indipendente, l'*Agência Nacional de Transportes Aquaviários* (ANTAQ), che implementava, tecnicamente, le politiche pubbliche settoriali, dalla *Secretaria Especial de Portos* (SEP), un organo politico che determinava il contenuto di tali politiche e dalle rispettive *Autoridades Portuárias*, che disciplinavano il funzionamento dei *Portos Organizados*, funzione questa esercitata solitamente dalle *Companhias Docas*.

Occorre tuttavia segnalare che, malgrado gli innegabili benefici di questo nuovo *marco regulatório* per il settore portuale, non vi sono stati significativi progressi nei processi di integrazione intermodale, in particolare con i segmenti ferroviari e stradali, creando conseguenti difficoltà di accesso ai porti¹¹⁰.

Pertanto, oltre a questo aspetto, si consideri che il Brasile vanta quasi settemila chilometri di coste marittime, con un forte potenziale per il trasporto di merci e di passeggeri, che sono risultati (e risultano all'attualità) sotto sfruttati.

Problemi che, data l'importanza dell'infrastruttura portuale per il commercio internazionale, non potevano passare inosservati per lo Stato brasiliano e, alla luce di essi, sono state attivate politiche statali, al fine di promuovere la realizzazione di nuovi investimenti nel settore.

Il primo passo è stato fatto con la pubblicazione della *Lei* n. 11.033/2004, che ha creato il *Regime Tributário* per l'*Incentivo à Modernização* e l'*Ampliação da Estrutura Portuária* (REPORTO), ovvero il sistema fiscale per incentivare la modernizzazione e l'ampliamento della struttura portuale. Si trattava sostanzialmente di una politica pubblica basata su un regime di *extrafiscalidade tributária*, il cui obiettivo

¹¹⁰ Si precisa, peraltro, che, in Brasile, l'assenza di una visione di regolamentazione sistemica e integrata delle infrastrutture è sempre stato (e continua ad esserlo) un problema cronico.

principale era quello di favorire lo sviluppo del settore portuale, abbassando i costi per le apparecchiature del settore.

Successivamente, nel 2006, è stato introdotto il *Plano Nacional de Logística* (PNL), il cui fine primario era la progettazione di una serie di obiettivi, a medio e a lungo termine, in vista di una ripresa degli investimenti nel settore dei trasporti.

Dando seguito a queste politiche promozionali, mediante il Decreto n. 6.025/2007, è stato introdotto il *Programa de Aceleração do Crescimento* (PAC), al fine di aumentare gli investimenti nelle infrastrutture (compresa quella portuale)¹¹¹, attraverso la riduzione delle principali problematiche che limitavano la crescita economica del Paese¹¹².

Nello specifico, questo Programma, pensato come un piano strategico di pianificazione, salvataggio e ripresa degli investimenti nei settori logistici del Brasile, ha contribuito in modo decisivo alla crescita dell'occupazione ed alla conseguente generazione di reddito, oltre all'aumento degli investimenti pubblici e privati nelle opere fondamentali.

Nei suoi primi quattro anni, il PAC ha raddoppiato gli investimenti pubblici brasiliani (1,62% del PIL nel 2006 al 3,27% nel 2010) e ha aiutato il Paese a generare un numero record di posti di lavoro (8,2 milioni) nel periodo.

Il PAC, inoltre, è stato fondamentale per superare la crisi finanziaria globale tra il 2008 e il 2009, fornendo occupazione e reddito per i brasiliani, che di conseguenza hanno assicurato la continuità nel consumo dei beni e dei servizi, mantenendo attiva l'economia e alleviando gli effetti della crisi sulle imprese nazionali.

Nel 2011, il PAC è entrato nella sua seconda fase (PAC 2), con lo stesso scopo strategico, rafforzato da anni di esperienza; all'attualità sono state messe da parte ulteriori risorse per il programma e stretti più partenariati con gli Stati e le municipalità

¹¹¹ Riguardo alla infrastruttura portuale, SCHIRATO V. R., *Coleção direito economico - Transporte aquaviários. Doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*, 2012, Saraiva, p. 17, ha precisato che: “O exercício do poder normativo português previa a todo tempo o fechamento das instalações portuárias brasileiras e a inexistência de uma atividade de navegação autônoma no Brasil. O acesso às infraestruturas portuárias era um privilégio exclusivo (monopólio) de Portugal e a atividade de navegação era explorada exclusivamente por embarcações portuguesas”.

¹¹² Dati ufficiali rinvenibili su <http://dados.gov.br/dataset/obras-do-pac-programa-de-aceleracao-do-crescimento>.

per l'esecuzione degli ulteriori lavori strutturali utili al fine di migliorare la qualità della vita nelle città brasiliane.

E se nella sua prima fase il governo federale ha impiegato risorse per circa R\$ 1,6 milioni per il *Programa Nacional de Dragagem* (PND), R\$ 1,8 miliardi per il miglioramento delle infrastrutture portuali e R\$ 50 milioni per le azioni di intelligence della logistica, si stima che la seconda fase, appena conclusa e di cui ancora non si hanno i dati ufficiali, il PAC abbia interessato investimenti per circa R\$ 1 miliardo per il *Programa Nacional de Dragagem* (PND), R\$ 2,8 miliardi per le infrastrutture portuali e R\$ 350 miliardi per la logistica¹¹³.

Tuttavia, per il settore portuale, questi interventi statali non si sono rivelati sufficienti per favorire il suo sviluppo, perciò è stato necessario un miglioramento del quadro normativo per garantire una maggiore stabilità e certezza giuridica per i nuovi investimenti¹¹⁴.

¹¹³ Il Programma è stato rinnovato e si stima che i futuri investimenti di dragaggio permetteranno di abbassare i canali di accesso ai terminal, onde consentire l'ormeggio di navi più grandi, con lo scopo di aumentare la competitività e la capacità di movimentazione dei carichi, consentendo la riduzione del 25% dei tempi di attesa. Si prevede, inoltre, che il Governo Federal realizzerà investimenti per la modernizzazione dei sette porti brasiliani che riceveranno navi passeggeri durante le Olimpiadi del 2016. Per essere precisi: R\$ 36 miliardi per il porto di Salvador, R\$ 21 miliardi per quello di Recife, R\$ 53,7 miliardi per Natal, R\$ 105,9 miliardi per Fortaleza, R\$ 119,9 miliardi per Santos, R\$ 314 miliardi per Rio de Janeiro e R\$ 89,4 miliardi per Manaus, per un totale di R\$ 740,7 miliardi di investimenti. Si veda <http://pt.scribd.com/doc/74106831/Programa-de-Aceleracao-do-Crescimento-PAC>.

¹¹⁴ L'esposizione dei *Motivos Interministerial n° 0012-A MF/MT/AGU*, che hanno dato origine alla *Medida Provisória n. 595/2102*, partendo dai dati empirici che dimostrano come i porti brasiliani rappresentano il 95% del flusso del commercio estero del Paese, faceva esplicito riferimento alle seguenti linee guida: (i) far fronte alle le esigenze di espansione dell'economia brasiliana; (ii) facilitare l'ammodernamento delle infrastrutture portuali con l'apporto di investimenti dal settore privato; (iii) ridefinire la capacità di pianificazione del settore, in particolare con l'assegnazione di nuovi poteri alla Segreteria dei Porti (SEP) e all'Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); e (iv) garantire una maggiore certezza del diritto e aumentare la concorrenza nel settore portuale. In relazione a ciò è utile citare il parere formulato dal Alexandre Aragona, nel caso di ADPF (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, è un tipo di azione giudicata esclusivamente dal STF, che ha come oggetto la prevenzione o il rimedio delle lesioni dei precetti fondamentali risultanti da atti del Governo) n. 139, p. 179: “o que não é possível é submeter os terminais portuários públicos a uma livre competição face aos terminais portuários privados, quando esses últimos não estão adstritos a uma série de limitações a que se submetem os primeiros: (a) a limitação de preço, havendo o dever de modicidade, a teor da Resolução da ANTAQ n. 55, (b) dever de continuidade e regularidade de oferta do serviço (o que aumenta o custo da atividade), (c) limitação temporal (o contrato de arrendamento possui prazo ao contrário da autorização), (d) obrigação de reversão de bens ao final do contrato. [...] O terminal portuário privado não foi concebido para ser opção ampla e irrestrita ao terminal de uso público. Caso o fosse, o legislador teria de tê-los submetidos às mesmas obrigações; não cabe à lei promover discriminações injustificadas entre agentes econômicos, favorecendo a competitividade de uns em detrimento de outros. Dar-se-ia, aqui, o que a teoria econômica chama de *Cherry Picking*. Os terminais portuários de uso privado misto, liberados da exigência de operarem cargas próprias, mas contando com preços livres, e, ainda desonerados do dever de universalidade e continuidade, enfrentariam os terminais públicos com larga vantagem; escolheriam os melhores usuários

A tal fine, il 26 dicembre del 2012, è stata promulgata la *Medida Provisória (MP)* n. 595¹¹⁵, il cui scopo era quello di introdurre un nuovo regime giuridico per la *exploração* delle infrastrutture portuali del Brasile.

Già dall'*incipit*, la *MP* faceva capire che la riforma della regolamentazione dei porti era necessaria e veniva incontro alle esigenze derivanti dalla espansione dell'economia brasiliana, in modo da generare guadagni di efficienza per mezzo di un modello "*baseado na ampliação da infraestrutura e da modernização da gestão portuária, no estímulo à expansão dos investimentos do setor privado e no aumento da movimentação de cargas com redução dos custos e eliminação de barreiras à entrada*"¹¹⁶.

L'obiettivo era quello di contribuire alla riduzione del "*Custo Brasil*" nello scenario internazionale, attraverso la diminuzione delle tariffe e l'aumento dell'efficienza delle attività e degli impianti portuali brasiliani, che "*dependem do aumento do volume de investimentos públicos e privados e da capacidade de que tais empreendimentos assegurem a ampliação da oferta a custos competitivos*"¹¹⁷.

e as cargas mais valiosas, restando, àqueles, as cargas menos lucrativas e de maior risco. A prática merece tradução popular e livre, que ora se pede vênia para sugerir: é a de 'ficar com o filé mignon'. Aos terminais públicos restaria roer algum osso".

¹¹⁵ La *Medida Provisória* è uno strumento legislativo emesso dal *Presidente da República*, soggetto alla successiva approvazione da parte del *Congresso Nacional*. Essa ha forza di legge per 60 giorni, prorogabili per lo stesso periodo; pertanto, entro 120 giorni la *Medida Provisória* deve essere convertita in *Lei*, pena la sua inefficacia. Se respinta o non approvata essa non potrà essere ripresentata sino alla legislatura successiva. Inoltre, la *Medida* presuppone che la materia sia "*relevante*" e "*urgente*". Per quanto riguarda l'urgenza del provvedimento n. 595/2012, occorre precisare che si trattava di una problematica che riguardava la crescita dell'economia e della competitività del Paese. In questa prospettiva, i contratti di *arrendamentos* e i procedimenti *licitatórios* potevano essere effettuati nell'ambito del nuovo quadro normativo con maggiore agilità. Per quanto riguarda la rilevanza, invece, si precisa che la riduzione del "*Custo Brasil*" nello scenario internazionale, unitamente alla diminuzione delle tariffe e alla crescita dell'efficienza delle attività nei porti e degli impianti portuali brasiliani, dava la possibilità dell'aumento del volume degli investimenti pubblici e privati e la conseguente garanzia che tali progetti assicurassero la fornitura a costi competitivi. Per una trattazione dettagliata della *Medida Provisória* n. 595/2012 si veda GUIMARAES PEREIRA C. A., *A medida provisória 595: mudanças no marco regulatório do setor portuário no Brasil. As principais mudanças e perspectivas sobre os serviços portuários a partir da MP 595*, in *Interesse Público, Fórum*, 77, 2013, p. 129 e ss, secondo il quale i concetti di rilevanza e di urgenza "*são conceitos abertos e indeterminados. Nem o Congresso nem o Judiciário dispõem-se normalmente a controlá-los. Porém, o Congresso já teve a oportunidade de rejeitar medidas provisórias por falta de tais requisitos. Um exemplo é o da MP 320, que regulava um novo regime para os portos secos (denominado "CLIA"). Foi rejeitada porque não haviam sido cumpridos simultaneamente os dois requisitos, convertendo-se a MP em projeto de lei. É pelo menos possível que o mesmo possa ocorrer com a MP 595*".

¹¹⁶ Prefazione della *MP* n. 595/2012 riportata da RIBEIRO L. C., *O novo marco regulatório*, in *Portos e seus Regimes Jurídicos*, BOCMANN MOREIRA E., Belo Horizonte, Fórum Editora, 2014, p. 119.

¹¹⁷ Prefazione della *MP* n. 595/2012, in RIBEIRO L. C., *O novo marco regulatório*, cit., p. 119.

In sintesi, la *MP* n. 595/2012 anticipava ciò che è stato concretizzato con la nuova *Lei*, ovvero l'efficienza delle infrastrutture portuali, attraverso l'espansione e la modernizzazione delle stesse, e l'aumento degli investimenti sia pubblici che privati.

2. Il nuovo quadro normativo del settore portuale.

Il 5 giugno 2013 la *Medida Provisória (MP)* n. 595/2012 è stata convertita nella *Lei* n. 12.815/2013¹¹⁸, che dispone attualmente sulla *exploração* diretta e indiretta, da parte dell'*União*, dei porti e delle strutture portuali.

Il primo grande obiettivo della nuova legge riguarda, senza dubbio, il superamento delle difficoltà derivanti dal quadro normativo previgente, rappresentato dal dualismo asimmetrico regolamentare previsto *Lei* n. 8.630/1993, per cui lo sfruttamento dei terminal portuali era consentito sia attraverso la fornitura di *serviços públicos*¹¹⁹ con *concessões* dei porti organizzati o *arrendamentos* delle strutture portuali, sia attraverso la *exploração* delle attività economiche in senso stretto, mediante *autorização*.

La *exploração* privata poteva avvenire nei *Terminais Privativos de Uso Exclusivo*, destinati a movimentare esclusivamente *carga própria*, e nei *Terminais Privativos de Uso Misto*, destinati a movimentare sia *carga própria* sia, seppure con importanti limitazioni, *carga de terceiro*.

Come visto nel capitolo precedente, era il Decreto 6.620/2008¹²⁰ che stabiliva, espressamente, l'impossibilità giuridica per i *Terminais Privativos Misto* di movimentare carichi di terzi come attività principale, ma solo in misura sporadica ed eventuale.

¹¹⁸ La *Lei* n. 12.815 ha completamente abrogato la *Lei* n. 8.630/1993.

¹¹⁹ Riguardo ai *serviços públicos*, SCHIRATO V. R., *Livre iniciativa nos serviços públicos*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 52, ritiene che: "Dessa forma, entendemos que o elemento diferenciador entre público e privado reside no fato de que a administração pública só age na realização de , ou seja, somente age para realizar algo que lhe seja imposto pelo ordenamento jurídico, norteado por normas jurídicas que forem aplicáveis".

¹²⁰ Secondo il quale il concetto di *carga própria* indicava "aquela pertencente ao autorizado, a sua controladora ou a sua controlada, que justifique por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária" mentre quello di *carga de terceiro* riguardava "aquela compatível com as características técnicas da infraestrutura e da superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, e a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privado, e cuja operação seja eventual e subsidiária".

Poiché la polemica maggiore nata intorno alla legge abrogata ha riguardato lo sfruttamento dei *Terminais de Uso Privativo Misto*, il cambiamento più significativo introdotto dalla nuova *Lei* riguarda, senza alcun dubbio, l'estinzione dei concetti di *carga própria* e di *carga de terceiros*.

Il nuovo testo di Legge prevede che la *exploração* delle attività economiche in ambito portuale sia esercitata nei cosiddetti *Terminais Privados*, come promosso dalla voce n. 7 dei motivi della *MP* n. 595/2012, secondo cui “*O novo marco proposto elimina a distinção entre movimentação de carga própria e a carga de terceiros como elemento essencial para a exploração das instalações portuárias autorizadas. Nada obstante a existência de dois regimes — um dentro do porto e outro fora dele — a exploração dos portos organizados será por conta e risco dos investidores*”

Pertanto, si può anticipare, fin da ora, che l'attuale *Lei dos Portos* conferma, ed anzi accentua, l'asimmetria regolamentare tra i *prestadores* di servizi pubblici e gli *exploradores*¹²¹ delle attività economiche regolamentate¹²²; l'estinzione dei concetti di *carga própria* e di *carga de terceiros* conferma, infatti, il doppio sistema di sfruttamento delle infrastrutture portuali: dei servizi pubblici e delle attività economiche.

2.1 La natura giuridica della *exploração* portuale.

Per capire la natura giuridica della *exploração* portuale, conseguente al nuovo *marco regulatório*, occorre dare, innanzitutto, lettura all'Art. 1° della *Lei*, il quale dispone che “*Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. §1° A exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público. §2° A exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do*

¹²¹ La traduzione letterale del primo termine corrisponde in italiano “fornitori”, mentre la seconda ad “operatori”.

¹²² Così GARCIA F. A. e DE FREITAS R. V., *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração portuária*, in BOCMANN MOREIRA E., cit., p. 238.

porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos desta Lei. §3º As concessões, os arrendamentos e as autorizações de que trata esta Lei serão outorgados a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco” e all’art. 2, IV, che definisce i Terminais Privativos come “a instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado”.

Pertanto, da quanto sopra, si evince come all’attualità possano essere concesse nuove autorizzazioni per la *exploração* delle infrastrutture portuali solo fuori delle aree del cosiddetto *Porto Organizado* e come, quest’ultimo, d’altra parte, possa essere esclusivamente oggetto di contratti di *arrendameto* e di *concessão* per l’intera area.

È, dunque, l’area del *Porto Organizado* che, con l’introduzione della *Lei* 12.815/2013, delimita i confini della nuova asimmetria regolamentare del settore portuale.

Precedentemente, infatti, il concetto di *Porto Organizado* era connesso alla ripartizione di una infrastruttura per la fornitura dei *serviços portuários*, che poteva essere sia di natura pubblica, come le prestazioni rese dagli *arrendatários*, sia attività economica intesa in senso stretto, fornita dagli *autorizatários*, che sfruttavano i Terminal Privati, ed entrambe le forme erano soggette alle determinazioni di una *Autoridade Portuária*.

Peraltro, oggi, è lo stesso art. 2, I, della *Lei* che definisce il *Porto Organizado* come il “*bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária*” e l’*Área do porto Organizado* come la “*área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado*” (inc. II).

Si noti subito la qualificazione del *Porto Organizado* come “*bene pubblico*”, concetto questo che può essere considerato sia in termini economici che in termini giuridici.

Nel primo caso, è considerato “*bene pubblico*” quello dotato delle caratteristiche di *não rivalidade* e di *não exclusividade*, ovvero il suo utilizzo da parte di un sogget-

to non impedisce o non esclude l'utilizzo da parte di altri. Da ciò è stato affermato che il concetto di “*bene pubblico*”, in senso economico, non è legato alla proprietà statale di un bene, ma al suo regime di godimento, anche se si ritiene necessario l'intervento governativo al fine di evitare la sottovalutazione di questo patrimonio¹²³.

In senso giuridico, invece, i “*beni pubblici*” sono quelli oggetto di proprietà delle persone giuridiche di diritto pubblico, quali la *União*, gli *estados*, i *municípios*, il *distrito federal*, i *territórios* e le *autarquias*, a conferma del dettato di cui all'art. 98 del *Código Civil*, secondo il quale “*são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem*”¹²⁴.

È chiaro che entrambe le concezioni non si devono escludere a vicenda, ma anzi devono essere interpretate armonicamente, in quanto l'eccezione economica del concetto di Porto Organizzato ha come conseguenza la sua inclusione nella sistematica dell'asimmetria regolamentare, secondo la quale, al fine di promuovere la concorrenza, viene garantito agli agenti economici l'accesso all'infrastruttura utilizzata dai fornitori dei servizi pubblici.

Quanto sopra rappresenta nient'altro che l'applicazione dell'obbligo di condivisione dei servizi di pubblica utilità, derivata dalla *Essential Facilities Doctrine*¹²⁵, at-

¹²³ Così NUSDEO F., *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, in *Revista dos Tribunais*, 5ª ed., São Paulo, 2008, p. 161.

¹²⁴ Per un approfondimento del *Código Civil* brasiliano, entrato in vigore il 1° gennaio 2003, si veda CALDERALE A., *Il nuovo codice civile brasiliano*, Giuffrè, Milano, 2003.

¹²⁵ Per *Essential Facilities Doctrine* si intende “quando una *facility* (un'infrastruttura) non può essere in concreto duplicata da concorrenti potenziali, colui che la possiede deve consentire che essa possa essere condivisa da questi ultimi sulla base di condizioni eque”. Tale definizione è tratta dal *case: Griffin v. Guadalupe med. Ctr., Inc. Docket No. 16, in Court of Appeals of New Mexico*, 1997-1, vol. 468, *Trade case* (CCH) P71, 731, citata da TRIFOLETTI, La nozione di essential facility, in *Concorrenza e Mercato*, 1998, n. 6, p. 329 ss, e da CARBONE P., *Il contratto del monopolista. Contributo in chiave comparata alla teoria del contratto nell'era delle conoscenze*, cit. p. 50, secondo il quale “l'applicazione più tipica, sia sotto il profilo giuridico che quello economico, dell'essential facility doctrine trova terreno fertile ogni volta in cui un monopolio naturale impedisce ad altri operatori di entrare nel mercato”. Si vedano anche DE CAPITE, *Essential Facilities Doctrine: una disciplina in cerca d'identità*, in *Riv. dir. impresa*, 1999, p. 579; SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle Essential Facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1999, p. 260; PIROPATO, *Open Access and the Essential Facilities Doctrine: Promoting Competition and Innovation*, in *U. Chi. Legal Forum*, 2000, p. 369; KEZSBOOM – GOLDMAN, *No Shortcut To Antitrust Analysis: The Twisted Journey Of The <<Essential Facilities>>*, in *Va. L. Rev.*, 1988, vol. 74, p. 1069; TROY, *Unclogging the Bottleneck: A New Essential Facilities Doctrine*, in *Colum. L. Rev.*, 1983, vol. 83, p. 441 ss. Nel contesto europeo, il diritto di accesso alle infrastrutture essenziali costituisce una conquista moderna del diritto comunitario e il negato accesso è considerato abuso di posizione dominante. In Italia è intervenuta anche l'Autorità Garante al fine di evitare che il detentore

traverso la quale l'utente di un'infrastruttura essenziale (sviluppata in un monopolio naturale) è tenuto a facilitare l'accesso di terzi, qualora tecnicamente possibile, a condizioni eque, ovvero con una remunerazione ragionevole.

Nello specifico, tale sistematica è stata trasfusa nel settore portuale dall'art. 23 del Decreto n. 80.033/2013, che regolamenta la *Lei* n. 12.815/2013, il quale prevede che “*os contratos de concessão e arrendamento deverão resguardar o direito de passagem de infraestrutura de terceiros na área objeto dos contratos, conforme disciplinado pela Antaq e mediante justa indenização*”.

Sotto il profilo giuridico, invece, l'accezione giuridica di “*bene pubblico*”, come delimitazione dell'area del *Porto Organizado*, è composta da beni di proprietà del *Poder Público*, i quali ricadono sotto la sfera del regime pubblicistico dell'impignorabilità, della relativa inalienabilità, dell'imprescrittibilità ai fini dell'usucapione, in quanto sono relativi all'attività portuale¹²⁶.

Si tratta di un significato coerente con l'asimmetria normativa introdotta nel settore, secondo la quale i terminali ad uso privato possono essere situati solo all'esterno dell'area dei porti organizzati (come previsto dall'art. 2, IV, della *Lei* n. 12.815/2013, che si vedrà a breve).

delle infrastrutture essenziali trasformasse le proprie risorse in abuso di posizione dominante, negando l'accesso alle concorrenti. Peraltro, per le aree portuali, in particolare, per le attività di handling, catering o servizi di sicurezza, è stata esclusa la presenza dell'abuso in ragione della determinazione da parte della p.a. delle tariffe per le operazioni di handling (Soc. Unimare c. Soc. Geasar, Cass. Civ., Sez. I, 17 maggio 200, n. 6368, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2082, con nota COLAGELLO, *La concorrenza difficile: i servizi di handling nel settore aeroportuale* e di GIORDANO, *Aeroporti e antitrust al vaglio della cassazione: un decollo mancato*; *Giur.it.*, 2000, p. 2312; *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 3175, con nota di SEBASTIO, *La posizione dominante e il suo eventuale abuso*. Nello stesso senso, App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in *Riv. Giur. Sarda*, 1999, p. 679, con nota di Piras, *Le regole della concorrenza nel settore dei servizi aeroportuali*, e di LOFFREDO, *La posizione dominante ed i comportamenti abusivi all'esame dei giudici cagliaritari: l'handling aeroportuale e le società di gestione*; in *Giur. it.*, 2000, p. 346, con nota BERTOLOTTI, *Handling e antitrust*. Si veda anche Soc. Alitalia c. Soc. Sagat, App. Torino, 17 febbraio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, p. 288; in *Giur. dir. ind.*, 1995, p. 884; *Esercizi aeroportuali S.p.a. c. I.b.a.r.*, in *Bollettino* n. 5 del 1995; oltre la Delibera dell'Autorità Garante ed i Provvedimenti della Corte d'Appello di Milano dell'8 ottobre 1994 e dell'11 novembre 1995, in *Corr. Giur.* 1995, p. 338, con nota di CARBONE V., *Abuso di posizione dominante, rifiuto della prestazione e provvedimento d'urgenza*). Riguardo ai collegamenti necessari per il rifornimento di navi in porto o di singole imprese industriali installate in un nucleo consortile, si veda *Fina c. Italtipetroli*, in *Bollettino* n. 23 del 1996 e *Consorzio nucleo industriale di Boiano-Campobasso c. Soc. Gasdotti del Mezzogiorno*, in *Bollettino* n. 27 del 1997.

¹²⁶ MARQUES NETO F., *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*, Forum, 2009, p. 130-131.

Dunque, sia dal punto di vista giuridico che da quello economico, si può ritenere che il concetto di *Porto Organizado* ha il potere di definire la natura giuridica del titolo abilitativo della *exploração* portuale.

Una questione controversa che si pone a seguito dell'introduzione della nuova normativa riguarda, invece, il regime dei terminal privati, che si trovano attualmente all'interno dei *Portos Organizados*.

Poiché si tratta di infrastrutture portuali che insistono su una proprietà privata, o nelle quali *l'autorizatório* esercita il suo dominio utile, l'equiparazione di queste aree, pubbliche e private, al concetto di "*bene pubblico*" è fonte di incertezza giuridica.

È stato sostenuto che una prima risposta al nuovo quadro normativo potrebbe essere rappresentata dalla pubblicizzazione di tali attività¹²⁷; questa tesi, tuttavia, risulta debole, in quanto significherebbe accettare che i beni di questi terminal possano essere espropriati dal *Poder Público* e ciò non avrebbe alcun fondamento nell'ordinamento giuridico brasiliano per due ragioni: in primo luogo, perché è abbastanza discutibile che spetti al *Poder Legislativo* dichiarare la funzione di utilità pubblica di un determinato bene, a fini espropriativi. Infatti, nonostante l'art. 8 del Decreto-Lei n. 3.665/1941 abbia previsto che "*il Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação*", si tratta di una norma di dubbia costituzionalità, trattandosi di un atto tipicamente amministrativo (proveniente dal *Poder Executivo*), che violerebbe il principio della separazione dei poteri, sancito dall'art. 2 della *Constituição* del 1988¹²⁸. In secondo luogo, si deve considerare come, se anche l'*Área do Porto Organizado* fosse definita per Decreto dal *Poder Executivo* (art. 2, I, della *Lei* n. 12.815/2013), questo non avrebbe comunque il potere di promulgare un Decreto di pubblica utilità.

Ne consegue che i Decreti sopra menzionati riguardano atti amministrativi con oggetti diversi: da una parte, si mira a delimitare l'area delle infrastrutture portuali e delle infrastrutture di protezione e di accesso al *Porto Organizado* (così la *Lei*

¹²⁷ GARCIA F. A. e DE FREITAS R. V., *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração portuária*, in BOCMANN MOREIRA E., cit., p. 239.

¹²⁸ L'art. 2° della *Constituição* dispone che "*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*".

12.815/2013), dall'altra, il riconoscimento di ipotesi tassative di utilità pubblica, previste nell'art. 5 del *Decreto-Lei* n. 3.365/1941¹²⁹.

Pertanto, se la *União* volesse espropriare i beni privati degli *autorizatários*, situati dentro i *Portos Organizados*, dovrebbe emettere un decreto espropriativo specifico a tal scopo, oltre agli altri atti rientranti nel processo di esproprio, previsti dal Decreto n. 3.365/1941.

Una soluzione più plausibile potrebbe essere quella di equiparare tali terminal agli *arrendamentos* portuali, con tutti gli obblighi ad essi inerenti, quali ad esempio la *licitação previa* e l'offerta di tariffe adeguate.

A tal proposito è stato sostenuto che l'interpretazione degli articoli 50 e 51 della *Medida Provisória* n. 595/2012¹³⁰, soprattutto per quanto concerne l'adattamento dei terminal autorizzati situati nella *Área do Porto Organizado*, non permette di affermare l'esistenza di una garanzia legale di continuità operativa di tali terminali. L'art. 50, infatti, non pare ammettere una mera accettazione dei terminal privati esistenti all'interno delle aree del *Porto Organizado*, con la possibilità di una serie illimitata di estensioni per 25 anni (punto 2.17 parte finale)¹³¹.

¹²⁹ L'art. 5° del *Decreto-Lei* n. 3.365/1941 prevede che: “*Consideram-se casos de utilidade pública: a) a segurança nacional; b) a defesa do Estado; c) o socorro público em caso de calamidade; d) a salubridade pública; e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais; h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos; i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo; k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza; l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico; m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves; o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária; p) os demais casos previstos por leis especiais*”.

¹³⁰ Art. 50: “*Os termos de autorização e os contratos de adesão em vigor deverão ser adaptados ao disposto nesta Medida Provisória, em especial ao previsto no art. 8°-Parágrafo único. A ANTAQ deverá promover a adaptação de que trata o caput no prazo de um ano, contado da data de publicação desta Medida Provisória*”. Art. 51 “*As instalações portuárias a que se refere o caput do art. 8°, localizadas dentro da área do porto organizado, terão assegurada a continuidade das suas atividades, observado o disposto no art. 50*”.

¹³¹ Così PEREIRA C. A. G., *A Medida Provisória n° 595: mudanças no marco regulatório do setor portuário no Brasil*, in *Interesse Público – IP*, 2012, p. 129-147.

Tale conclusione è confermata anche dalla natura (di bene pubblico) del *Porto Organizado*, secondo cui non è ammissibile concedere l'uso di un bene pubblico ad un privato per un periodo indeterminato.

Tale affermazione discende dai principi costituzionali che impediscono lo svolgimento delle funzioni pubbliche per un periodo illimitato o lo sfruttamento di un bene pubblico da parte di un privato senza termine.

Così, la precisa definizione delle finalità pubbliche del *Porto Organizado*, prevista dal nuovo quadro normativo, impedisce interpretazioni differenti che rispondano agli interessi meramente privati di un individuo ed è la stessa qualificazione di *Porto Organizado* come bene pubblico che comporta l'impossibilità di sopravvivenza della *exploração* puramente privata delle strutture situate all'interno di esso¹³².

Anche senza accogliere appieno quest'ultimo orientamento, si deve tenere in considerazione, alla luce di asimmetria regolamentare, definita dal nuovo quadro normativo, orientato verso una maggiore concorrenza rispetto al passato, che non è possibile modificare lo *status* giuridico di un agente che fornisce un'attività economica in senso stretto (*autorizatário*) in un fornitore di un servizio pubblico (*arrendatário*), soggetto al regime della *publicatio*; che gli *autorizatários* sfruttino i loro terminal, sulla scorta dei contratti di adesione, i quali conferiscono loro il titolo abilitante per l'esercizio dei diritti decorrenti da quell'atto giuridico perfetto, immutabile, come previsto dall'art. 5, XXXVI, della *Constituição* del 1988¹³³; che una improvvisa modifica del regime giuridico violerebbe il principio della certezza del diritto e della *Confiança Legítima* (legittimo affidamento), come le aspettative generate all'autorizatário dagli atti statali che non possono essere revocate, ai sensi dell'art. 1 della *Constituição* e dell'art. 2 della *Lei* n. 9.784/1999¹³⁴.

Da quanto sopra esposto, si può comprendere l'importanza del *Poder Executivo* sulla delimitazione dell'area del *Porto Organizado*, al fine di definire il regime giuri-

¹³² PEREIRA C. A. G., *A Medida Provisória n° 595: mudanças no marco regulatório do setor portuário no Brasil*, cit., p. 129-147, il quale precisa che “*No caso das instalações integralmente situadas em terreno de marinha, objeto de enfiteuse, não há mudança relevante quanto à titularidade do bem. Mas há quanto à sua destinação, já que não mais se admite — após a qualificação do porto como bem público — a exploração para finalidades estritamente privadas. No caso de instalações total ou parcialmente situadas em áreas privadas, a mudança é tanto de destinação quanto de titularidade*”

¹³³ Art. 5°, XXXVI, della *Constituição* del 1988 stabilisce che “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

¹³⁴ GARCIA F. A. e DE FREITAS R. V., *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração portuária*, in BOCMANN MOREIRA E., cit., p. 241.

dico delle *explorações* portuali, tanto per escludere gli *arrendatários* quanto per impedire la prosecuzione degli *autorizatórios*.

Ne consegue, dunque, l'importanza di definire il concetto a partire dalle regole fissate dal legislatore, ovvero dall'asimmetria normativa settoriale.

2.2 La struttura dei Porti Organizzati alla luce del nuovo *marco regulatório*.

L'art. 2°, I, della Lei n. 12.815/2013 definisce il *Porto Organizado* come “*o bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária*”.

L'inciso II dello stesso articolo dispone, inoltre, che l'*Área do porto Organizado* corrisponde all'*área delimitada por ato do Poder Executivo*, che comprende gli impianti portuali e l'infrastruttura di protezione e di accesso al porto organizzato.

Con la nuova *Lei*, dunque, la definizione legale di *Porto Organizado* non ha subito alterazioni significative ed, in sostanza, la sua struttura amministrativa è stata preservata; così, l'*Administração del Porto*¹³⁵ continua ad essere considerata la responsabile per la pianificazione e la gestione del complesso portuale e, in linea generale, la sua funzione principale è quella di garantire le condizioni necessarie per la protezione e l'accesso alle vie acquatiche e per gli spostamenti nella parte terrestre.

In particolare, l'autorità portuale¹³⁶ è deputata a svolgere diverse funzioni, tra cui: i) stabilire le regole generali interne per il funzionamento del porto, incluse la divisione in settori delle attività e il piano di sviluppo; ii) controllare o verificare le opere di costruzione, ristrutturazione, ampliamento, miglioramento e preservazione delle strutture portuali; iii) controllare il traffico delle navi, garantendo vari servizi, quali la segnaletica e le comunicazioni; iv) autorizzare il carico e lo scarico delle merci delle imbarcazioni; v) qualificare gli operatori portuali; vi) organizzare il controllo (la guardia) portuale; vii) provvedere alla rimozione delle navi o delle carcasse di na-

¹³⁵ Conosciuta come *Autoridade Portuária*.

¹³⁶ È opportuno ribadire che negli ultimi decenni, questa funzione è stata svolta dalle imprese statali denominate *Companhias Docas*. Tuttavia, quando il servizio è dato in *concessão*, gran parte di queste attività sono svolte dalla concessionaria.

ve che potrebbero pregiudicare l'accesso al porto; vii) aumentare le tariffe relative alle sue attività¹³⁷.

Inoltre, ogni porto organizzato, continua ad avere il suo *Conselho de Autoridade Portuária*, organo consultivo dell'amministrazione portuale¹³⁸.

¹³⁷ Così dispone espressamente l'art. 17 della Lei n. 12.815/2013: “*A administração do porto é exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado. §1º Compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária: I - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos e os contratos de concessão; II - assegurar o gozo das vantagens decorrentes do melhoramento e aparelhamento do porto ao comércio e à navegação; III - pré-qualificar os operadores portuários, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente; IV - arrecadar os valores das tarifas relativas às suas atividades; V - fiscalizar ou executar as obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias; VI - fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente; VII - promover a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto; VIII - autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, ouvidas as demais autoridades do porto; IX - autorizar a movimentação de carga das embarcações, ressalvada a competência da autoridade marítima em situações de assistência e salvamento de embarcação, ouvidas as demais autoridades do porto; X - suspender operações portuárias que prejudiquem o funcionamento do porto, ressalvados os aspectos de interesse da autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego aquaviário; XI - reportar infrações e representar perante a Antaq, visando à instauração de processo administrativo e aplicação das penalidades previstas em lei, em regulamento e nos contratos; XII - adotar as medidas solicitadas pelas demais autoridades no porto; XIII - prestar apoio técnico e administrativo ao conselho de autoridade portuária e ao órgão de gestão de mão de obra; XIV - estabelecer o horário de funcionamento do porto, observadas as diretrizes da Secretaria de Portos da Presidência da República, e as jornadas de trabalho no cais de uso público; e XV - organizar a guarda portuária, em conformidade com a regulamentação expedida pelo poder concedente. §2º A autoridade portuária elaborará e submeterá à aprovação da Secretaria de Portos da Presidência da República o respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto. §3º O disposto nos incisos IX e X do §1º não se aplica à embarcação militar que não esteja praticando comércio. §4º A autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego pode intervir para assegurar aos navios da Marinha do Brasil a prioridade para atracação no porto. §5º (VETADO). Inoltre, l'art. 18 della Lei dispone: “Dentro dos limites da área do porto organizado, compete à administração do porto: I - sob coordenação da autoridade marítima: a) estabelecer, manter e operar o balizamento do canal de acesso e da bacia de evolução do porto; b) delimitar as áreas de fundeadouro, de fundeio para carga e descarga, de inspeção sanitária e de polícia marítima; c) delimitar as áreas destinadas a navios de guerra e submarinos, plataformas e demais embarcações especiais, navios em reparo ou aguardando atracação e navios com cargas inflamáveis ou explosivas; d) estabelecer e divulgar o calado máximo de operação dos navios, em função dos levantamentos batimétricos efetuados sob sua responsabilidade; e) estabelecer e divulgar o porte bruto máximo e as dimensões máximas dos navios que trafegarão, em função das limitações e características físicas do cais do porto; II - sob coordenação da autoridade aduaneira: a) delimitar a área de alfandegamento; b) organizar e sinalizar os fluxos de mercadorias, veículos, unidades de cargas e de pessoas”.*

¹³⁸ La Lei rimette al regolamento il compito di definire le attribuzioni e la composizione del consiglio. Così l'art. 20 della Lei: “Será instituído em cada porto organizado um conselho de autoridade portuária, órgão consultivo da administração do porto. §1º O regulamento disporá sobre as atribuições, o funcionamento e a composição dos conselhos de autoridade portuária, assegurada a participação de representantes da classe empresarial, dos trabalhadores portuários e do poder público. §2º A representação da classe empresarial e dos trabalhadores no conselho a que alude o caput será paritária. §3º A distribuição das vagas no conselho a que alude o caput observará a seguinte proporção: I - 50% (cinquenta por cento) de representantes do poder público; II - 25% (vinte e cinco por cento) de representantes da classe empresarial; e III - 25% (vinte e cinco por cento) de representantes da classe trabalhadora”. Nel Decreto Lei n. 8033/ 2013 l'argomento è definito dagli articoli 36 e

Anche la figura dell'operatore portuale è stata mantenuta dalla nuova normativa. Esso viene identificato dall'art. 2, XIII, della *Lei* come la persona giuridica pre-qualificata per le attività di movimentazione dei passeggeri o di movimentazione e stoccaggio delle merci, destinate o provenienti dal trasporto marittimo, all'interno dell'area del porto organizzato¹³⁹. Per il suo lavoro, l'operatore portuale necessita dell'utilizzo delle strutture portuali e, nel caso in cui non abbia la titolarità delle installazioni, egli può utilizzare le strutture messe a disposizione dall'amministrazione del porto (denominate in tal caso installazioni portuali di uso pubblico generale) o dagli *arrendatários*, a seguito di un accordo.

Si noti, in ordine alla pre-qualificazione, come sia sufficiente avere i requisiti imposti dalla regolamentazione applicabile per ottenere lo *status* di operatore portuale.

37: “**Art. 36.** *Será instituído em cada porto organizado um conselho de autoridade portuária, órgão consultivo da administração do porto. §1º Compete ao conselho de autoridade portuária sugerir: I - alterações do regulamento de exploração do porto; II - alterações no plano de desenvolvimento e zoneamento do porto; III - ações para promover a racionalização e a otimização do uso das instalações portuárias; IV - medidas para fomentar a ação industrial e comercial do porto; V - ações com objetivo de desenvolver mecanismos para atração de cargas; VI - medidas que visem estimular a competitividade; e VII - outras medidas e ações de interesse do porto. §2º Compete ao conselho de autoridade portuária aprovar o seu regimento interno. - Art. 37. Cada conselho de autoridade portuária será constituído pelos membros titulares e seus suplentes: I - do Poder Público, sendo: a) quatro representantes da União, dentre os quais será escolhido o presidente do conselho; b) um representante da autoridade marítima; c) um representante da administração do porto; d) um representante do Estado onde se localiza o porto; e e) um representante dos Municípios onde se localizam o porto ou os portos organizados abrangidos pela concessão; II - da classe empresarial, sendo: a) dois representantes dos titulares de arrendamentos de instalações portuárias; b) um representante dos operadores portuários; e c) um representante dos usuários; e III - da classe dos trabalhadores portuários, sendo: a) dois representantes dos trabalhadores portuários avulsos; e b) dois representante dos demais trabalhadores portuários. §1º Para os efeitos do disposto neste artigo, os membros e seus suplentes do conselho serão indicados: I - pelo Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República; pelo Comandante da Marinha; pela administração do porto; pelo Governador de Estado e pelo Prefeito do Município, respectivamente, no caso do inciso I do caput; e II - pelas entidades de classe local das respectivas categorias profissionais e econômicas, nos casos dos incisos II e III do caput. §2º Ato do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos definirá as entidades responsáveis pela indicação de que trata o inciso II do §1º e os procedimentos a serem adotados para as indicações. §3º Os membros do conselho serão designados por ato do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República para um mandato de dois anos, admitida a recondução uma única vez, por igual período. §4º A participação no conselho de autoridade portuária será considerada prestação de serviço público relevante, não remunerada. §5º As deliberações do conselho serão tomadas de acordo com as seguintes regras: I - cada representante terá direito a um voto; e II - o presidente do conselho terá voto de qualidade. §6º Perderá o mandato o membro do conselho que faltar, injustificadamente, a três reuniões consecutivas ou seis alternadas, assumindo a vaga o seu suplente até a efetivação de nova indicação”.*

¹³⁹ Art. 2, XIII, della *Lei* n. 12.815/2013: “operador portuário: pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado”

Ciò significa che, allo stato, non esiste un procedimento selettivo propriamente detto e, come si vedrà nel prossimo paragrafo, neppure il bando di gara lo potrà prevedere.

Inoltre, non esiste relazione contrattuale, propriamente detta, tra l'amministrazione del porto e l'operatore portuale, per cui si concede a questi il mero svolgimento di una funzione, senza che si possa parlare di ipotesi di concessione o di permesso del servizio pubblico.

Attualmente, le attività dell'operatore portuale sono soggette alle norme stabilite dall'ANTAQ¹⁴⁰, anche se, pure in questo caso, non esistono regole precise sul controllo delle attività. Tanto può essere giustificato dall'interesse di garantire un adeguato sviluppo economico ed il corretto funzionamento delle infrastrutture pubbliche, tra le quali viene oggi incluso il Porto Organizzato.

In questo contesto è possibile sostenere che l'attività di movimentazione delle merci e delle persone, come operazione portuale, non è stata inquadrata come servizio pubblico e, anzi, può essere svolta sotto il regime privato, come attività economica in senso stretto. Peraltro, tra le alternative che discendono dalla Costituzione, questa può essere considerata la migliore scelta per dette attività, anche se, a prima vista, potrebbe sembrare strano che solo una parte delle attività tipicamente portuali sia trattata come attività economica, mentre altre come servizi pubblici e soprattutto che l'eccezione ricada esattamente sulla attività finale del porto¹⁴¹.

Questa differenziazione può essere spiegata alla luce del nuovo quadro normativo.

Innanzitutto, la dissoluzione verticale, o *desverticalização*, è stata accettata e utilizzata nel diritto brasiliano: così, grazie ad essa, le attività utili per il servizio di una necessità economica possono essere frammentate, sottomettendo ognuna di esse a regole specifiche¹⁴².

Nella frammentazione è poi possibile capire quali operazioni possono essere realmente assoggettate al regime di diritto pubblico e quali al regime di diritto priva-

¹⁴⁰ Così dispone l'Art. 27 della *Lei*: “*As atividades do operador portuário estão sujeitas às normas estabelecidas pela Antaq. §1º O operador portuário é titular e responsável pela coordenação das operações portuárias que efetuar. §2º A atividade de movimentação de carga a bordo da embarcação deve ser executada de acordo com a instrução de seu comandante ou de seus prepostos, responsáveis pela segurança da embarcação nas atividades de arrumação ou retirada da carga, quanto à segurança da embarcação*”.

¹⁴¹ GOMES M. P. C., *O setor portuário e o novo marco regulatório*, cit., p. 197.

¹⁴² Come accade nel settore delle attività elettriche, con la distinzione tra generazione, trasmissione e distribuzione.

to¹⁴³. Nel caso dei porti, la scelta è chiara quando si capisce che nel sistema assume rilievo la adeguata garanzia di fornitura delle infrastrutture e non specificamente la movimentazione delle merci.

Infine, sempre nei *Portos Organizados*, continua ad esistere l'*Órgão de Gestão de Mão de Obra do Trabalho Portuário* (OGMO - Organo della gestione della manodopera del lavoro portuario), responsabile esclusivo per la gestione dei lavoratori portuali. Questo Organo risulta di fondamentale importanza per la gestione della manodopera portuale ed è uno strumento per combattere il lavoro non legalizzato, essendo compito primario dell'OGMO garantire l'iscrizione dei lavoratori in un registro, con la conseguenza che non vi è alcuna possibilità che, all'interno dei *Portos Organizados*, operino lavoratori sconosciuti all' OGMO¹⁴⁴.

Mantenendo la divisione delle funzioni tra Amministrazione del porto, *arrendatários* e *operadores portuários* si può affermare che la legislazione attuale ha rafforzato la frammentazione di poteri e delle prerogative in capo agli operatori dei *Portos Organizados*, seguendo l'orientamento inaugurato dalla legislazione precedente; all'attualità, questa frammentazione rappresenta senz'altro la ripartizione delle attività necessarie per rispondere alla domanda economica.

¹⁴³ Si veda, in tal senso, la spiegazione fornita da FILHO M. J., *Teoria geral das concessões de serviço público*, Brochura, 2003, p. 41: “*Diagnosticou-se a possibilidade de diferenciação do serviço público nas várias etapas ou em vista dos objetos específicos considerados. Seja por fatores de cunho tecnológico, seja por sofisticação da atividade econômica, tornou-se possível (senão necessário) seccionar em vários núcleos autônomos a atuação orientada ao fornecimento de utilidades. No passado, esse conjunto de atuações era compreendido e disciplinado como um todo unitário e indivisível, ao menos para fins jurídicos. Com o passar do tempo, constata-se que esse todo é formado por atuações heterogêneas e diferenciadas entre si, que comportam dissociação e tratamento jurídico diverso. Mais ainda, reconhece-se que nem todos os segmentos dessa atividade exigem exploração sob regime monopolístico*”.

¹⁴⁴ La nuova *Lei* ha anche mantenuto le limitazioni riguardo al margine di scelta dell'operatore portuale su determinati professionisti: essa afferma all'art. 40, §2, che “*a contratação de trabalhadores portuários de estiva, conferência de carga, concerto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício por prazo indeterminado será feita exclusivamente dentre trabalhadores portuários avulsos registrados*”.

2.3 La *exploração* dei Porti Organizzati.

2.3.1 La *concessão*.

La concessione delle infrastrutture portuali è definita dall'art. 2, IX della nuova *Lei*, come la “*cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado*”¹⁴⁵.

Si tratta, dunque, del tipico contratto di concessione del servizio pubblico previsto dall'art. 175 della Costituzione del 1988, attraverso il quale un operatore (il concessionario) gestisce e sfrutta un'infrastruttura portuale sotto il regime della *publicatio*, assolvendo le condizioni di regolarità, di continuità, di efficienza, di sicurezza, di modernità, di generalità, di cortesia nella fornitura e di convenienza delle tariffe, al fine di offrire un servizio pubblico adeguato¹⁴⁶.

A tal fine, il concessionario deve assicurare che la propria capacità di offerta sia congrua alle infrastrutture in suo possesso ed, a sua volta, il contratto di concessione deve riguardare non solo la relazione fra l'Amministrazione Pubblica e il concessionario ma anche quella fra il concessionario e l'utilizzatore finale del servizio.

Per questo, la dottrina brasiliana, in relazione alla natura delle attività, paragona le concessioni portuali a quelle stradali, considerate servizio pubblico¹⁴⁷, nelle quali è intrinseco il dovere di mantenere e migliorare l'infrastruttura esistente¹⁴⁸.

Tanto è vero che il contratto di concessione, oltre ad essere preceduto da una procedura di offerta (*procedimento licitatório*), secondo quanto disposto l'art. 4 della

¹⁴⁵ Riguardo al termine di concessione, occorre precisare che la nuova *Lei* non prevede un periodo massimo di conferimento ai privati del Porto Organizzato; tuttavia, dalla lettura combinata degli articoli 2°, IX, e 5°, I, è chiaro che si tratta di una concessione a tempo determinato, il cui periodo viene definito dal bando di gara e dal successivo contratto tra la *União* e il concessionario.

¹⁴⁶ A tal proposito, GARCIA F. A., *Regulação jurídica das rodovias concedidas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 100, ha affermato che: “*Serviço adequado é, portanto, resultado da conjugação de todos os princípios à prestação de serviços públicos e que se encontram previsto na citada norma. (...) Note-se, por oportuno, que a definição de serviço adequado é, na norma em abstrato, um conceito jurídico indeterminado, cabendo ao concedente, diante das peculiaridades de cada situação específica, estabelecer a concepção de serviço adequado na modelagem de cada contrato*”.

¹⁴⁷ GARCIA F. A., *Regulação jurídica das rodovias concedidas*, cit., p. 52.

¹⁴⁸ Si tenga presente che la figura della concessione nel diritto brasiliano può assumere diversi significati, in quanto il diritto amministrativo riconosce tre ipotesi di tale istituto, ovvero: 1) uso di bene pubblico, 2) prestazione di servizio pubblico, 3) prestazione di opera pubblica. Non è raro che in un contratto possano coesistere due o tutte le precedenti ipotesi, anche se una di loro sarà considerata predominante rispetto alle altre, definendo così la natura del contratto e la legge applicabile.

nuova *Lei*¹⁴⁹, deve prevedere anche le seguenti clausole essenziali¹⁵⁰: la fissazione dei criteri, degli indicatori, delle formule e dei parametri che definiscono la qualità della attività previste; quelli relativi alle tariffe praticate, ai criteri e alle procedure di revisione e di adeguamento delle stesse; i diritti ed i doveri degli utenti, con gli obblighi correlati al contratto e le sanzioni corrispondenti in caso di violazione di essi; la reversione dei beni¹⁵¹.

Pertanto, anche se il testo di legge non prevede espressamente la natura delle attività portuali, la struttura giuridica adottata dalla nuova normativa stabilisce obiettivi tipici dei servizi pubblici.

Tale scelta si legittima dal punto di vista dell'essenzialità del servizio per la società, essendo questo destinato a garantire il diritto di trasporto delle persone e dei beni, considerato fondamentale dall'ordine costituzionale brasiliano¹⁵².

¹⁴⁹ Art. 4° della *Lei* n. 12.815/2013: “*A concessão e o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária serão realizados mediante a celebração de contrato, sempre precedida de licitação, em conformidade com o disposto nesta Lei e no seu regulamento*”.

¹⁵⁰ L'Art. 5° della *Lei* n. 12.815/2013 contiene un elenco dettagliato delle clausole essenziali che devono essere incluse nel contratto di concessione: “*São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo; II - ao modo, forma e condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço; IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste; V - aos investimentos de responsabilidade do contratado; VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas; VII - às responsabilidades das partes; VIII - à reversão de bens; IX - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações; X - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução das atividades, bem como à indicação dos órgãos ou entidades competentes para exercê-las; XI - às garantias para adequada execução do contrato; XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades; XIII - às hipóteses de extinção do contrato; XIV - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização; XV - à adoção e ao cumprimento das medidas de fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas; XVI - ao acesso ao porto organizado ou à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário; XVII - às penalidades e sua forma de aplicação; e XVIII - ao foro*”.

¹⁵¹ Per questo è stato sostenuto che ai contratti di concessione possa essere applicata la *Lei* n. 8.987/1995 (*Lei de Concessão de Serviços Públicos*). In tal senso, GARCIA F. A. e DE FREITAS R. V., *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração portuária*, in BOCMANN MOREIRA E., cit., p. 242.

¹⁵² Art. 5°: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens (...)*”.

Inoltre, si tratta di un'attività rilevante per una serie di obiettivi costituzionali attribuiti alla Repubblica Federale, la quale nell'ambito portuale, promuove lo sviluppo nazionale e, nello specifico, dispone sull'offerta di un'infrastruttura adeguata per il trasporto di persone e beni, essendo i porti indispensabili per l'economia brasiliana, in quanto rappresentano le principali vie di entrata e di uscita per il Paese.

Ad ogni modo, è bene specificare come non si tratti di una concessione di servizio pubblico tradizione, dal momento che il concessionario, una volta stipulato il contratto con il Concedente (*l'União*), assume le competenze per l'amministrazione del porto.

In questo senso, l'art. 20 del Decreto n. 8.033/2013 prevede che l'oggetto del contratto di concessione possa riguardare: lo svolgimento delle funzioni di gestione del porto e lo sfruttamento diretto e indiretto degli impianti portuali; lo svolgimento delle funzioni di gestione del porto e lo sfruttamento indiretto delle strutture portuali, escluso il suo sfruttamento diretto; oppure l'esecuzione, totale o parziale, delle funzioni di amministrazione del porto, escluso l'uso delle installazioni portuali.

Ne consegue che si tratta di ipotesi di concessione di pubblico servizio in uno con l'esercizio di una funzione di polizia amministrativa, per mezzo della quale il concessionario, con la preventiva autorizzazione legislativa, stabilisce limitazioni e vincoli alla libertà individuale in favore di un interesse collettivo. In particolare, l'esercizio della funzione di polizia da parte dei concessionari si concretizza, per l'effetto dell'art. 17, § 1, I, III, e IV della nuova *Lei*, attraverso le seguenti attribuzioni: rispettare e far rispettare le leggi, i regolamenti e contratti di concessione, pre-qualificare gli operatori portuali, secondo le norme stabilite dall'autorità responsabile della concessione, supervisionare le operazioni portuali, garantendo la realizzazione di attività con regolarità, efficienza, sicurezza e rispetto per l'ambiente.

Nonostante il concessionario svolga funzioni di polizia amministrativa, esso non altera la qualità di delega del servizio pubblico di concessione del Porto Organizzato; infatti, la concessione del porto prevede la delega al settore privato del compito (dovere-potere) di organizzare e di sfruttare l'insieme eterogeneo delle attività, dei beni e dei soggetti, avendo come scopo l'istituzione e lo sfruttamento di un porto¹⁵³.

¹⁵³ Secondo JUSTEN FILHO M., *O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no direito brasileiro*, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, p. 77-124: “A concessão de porto si-

Il tema è ricorrente nell'ambito delle concessioni del servizio pubblico ed ha come sfondo l'impossibilità di delegare ai privati le attività di competenza dello Stato. Nonostante autorevoli opinioni della dottrina brasiliana, ancora non esiste una chiara configurazione di questa commistione tra servizio pubblico e concessione¹⁵⁴.

E' comunque diffusa l'opinione secondo la quale le attività per le quali non è possibile la delegazione ai privati sono limitate¹⁵⁵ a quelle che costituiscono il nucleo principale del potere di polizia, perché coinvolgono l'esercizio del potere di *império*¹⁵⁶. Pertanto, il divieto non si estende agli atti materiali, a quelli strumentali, ai preparatori o di mera esecuzione del potere di polizia¹⁵⁷.

Al riguardo, il Supremo Tribunal Federal ha diposto come la divisione tra gli atti preparatori oggettivi, meramente strumentali e delegabili, e gli atti di polizia in senso stretto, ovvero non delegabili, possa essere apprezzata solo in concreto e, anche in caso di positivo riscontro, è comunque capace di generare controversie¹⁵⁸.

Il fatto è che non si può affermare che la concessione portuale riguardi puramente

gnifica a delegação à iniciativa privada da competência (dever-poder) para organizar e explorar esse conjunto heterogêneo de atividades, bens e sujeitos, tendo por objeto a instituição e a exploração de um porto. Portanto, continuará a existir um porto público, mas a sua gestão far-se-á por meio de atuação de um particular. A concessão do porto significa a instituição de uma unidade econômica disciplinada pelo direito privado. E assim se afirma precisamente porque o instituto da delegação não altera a natureza jurídica do objeto delegado”.

¹⁵⁴ Si veda la riguardo, BANDEIRA DE MELLO C. A., *Curso de direito administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 699-701; BANDEIRA DE MELLO C. A., *Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação*, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 20, p. 21-28, 1997; JUSTEN FILHO M., *O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no direito brasileiro*, cit., p. 82-94.

¹⁵⁵ Riguardo alla non delegabilità del potere di polizia, è necessario distinguere la titolarità di tale potere dalla disponibilità dei mezzi materiali per la sua realizzazione. In questo senso, l'autorità statale non può essere delegata ai privati, ma può essere delegato il supporto all'esecuzione materiale dell'attività di polizia. In questo senso, MARQUES NETO F. A., *A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a indelegabilidade do poder de polícia*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, p. 65-82, 2000, p. 76-78; SUNDFELD C. A., *Empresa estatal pode exercer o poder de polícia*, in *Boletim de Direito Administrativo*, v. 9, n. 2, p. 98-103, fev. 1993, p. 101; DI PIETRO M. S. Z., *Direito administrativo*, 26 ed. São Paulo, Atlas, 2013. p. 125.

¹⁵⁶ *Poder de império* può essere tradotto come *potere di sovranità*. In portoghese, l'*império* rappresenta un refuso del periodo della colonizzazione.

¹⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO C. A., *Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação*. Disponibile su <http://direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-CELSON%20ANTONIO.pdf>.

¹⁵⁸ Si veda al riguardo ADI (AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE) n. 3.338. sulla Lei Distritale n. 3.460: “1. O ato normativo impugnado não dispõe sobre trânsito ao criar serviços públicos necessários à proteção do meio ambiente por meio do controle de gases poluentes emitidos pela frota de veículos do Distrito Federal. A alegação do requerente de afronta ao disposto no artigo 22, XI, da Constituição do Brasil não procede. 2. A lei distrital apenas regula como o Distrito Federal cumprirá o dever-poder que lhe incumbe proteção ao meio ambiente. 3. O DF possui competência para implementar medidas de proteção ao meio ambiente, fazendo-o nos termos do disposto no artigo 23, VI, da CB/88. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente”. Nello stesso senso, ADI n. 1.717.

la delega dell'esercizio di pubblici poteri, in quanto la legge stessa, in più dispositivi, evidenzia come il compito conferito al concessionario sia dato in conformità alle determinazioni dell'organo o dell'ente pubblico competente, nel rispetto dei limiti delle competenze delle autorità pubbliche. Così, infatti, è previsto dall'art. 17, VIII, IX e X, della Lei 12.815/2013, il quale condiziona l'esercizio di tali diritti alle regole e alle determinazioni dell'autorità pubblica¹⁵⁹.

Ciò appare ancor più evidente nell'art. 18, in cui si afferma la soggezione delle attività di gestione dei porti al coordinamento delle autorità doganali e di quelle marittime¹⁶⁰. E tali diritti del concessionario non coinvolgono anche la piena assunzione della autorità portuale, che viene esercitata da parte di un Consiglio (*Conselho de Autoridade Portuária*), organo consultivo, con una composizione mista equamente suddivisa tra gli utenti, denominati *classes empresariais*, il governo ed il lavoratori portuali, come previsto dall'art. 20 della nuova legge¹⁶¹.

In particolare, la regolamentazione del settore compete all'ANTAQ, organismo regolatore dotato di indipendenza amministrativa, finanziaria, funzionale ed anche

¹⁵⁹ Art. 17: “*A administração do porto é exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado. §1º Compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária: (...) VIII - autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, ouvidas as demais autoridades do porto; IX - autorizar a movimentação de carga das embarcações, ressalvada a competência da autoridade marítima em situações de assistência e salvamento de embarcação, ouvidas as demais autoridades do porto; X - suspender operações portuárias que prejudiquem o funcionamento do porto, ressalvados os aspectos de interesse da autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego aquaviário (...)*”.

¹⁶⁰ Art. 18: “*Dentro dos limites da área do porto organizado, compete à administração do porto: I - sob coordenação da autoridade marítima: a) estabelecer, manter e operar o balizamento do canal de acesso e da bacia de evolução do porto; b) delimitar as áreas de fundeadouro, de fundeio para carga e descarga, de inspeção sanitária e de polícia marítima; c) delimitar as áreas destinadas a navios de guerra e submarinos, plataformas e demais embarcações especiais, navios em reparo ou aguardando atracação e navios com cargas inflamáveis ou explosivas; d) estabelecer e divulgar o calado máximo de operação dos navios, em função dos levantamentos batimétricos efetuados sob sua responsabilidade; e e) estabelecer e divulgar o porte bruto máximo e as dimensões máximas dos navios que trafegarão, em função das limitações e características físicas do cais do porto; II - sob coordenação da autoridade aduaneira: a) delimitar a área de alfandegamento; e b) organizar e sinalizar os fluxos de mercadorias, veículos, unidades de cargas e de pessoas*”.

¹⁶¹ Art. 20: “*Será instituído em cada porto organizado um conselho de autoridade portuária, órgão consultivo da administração do porto. §1º O regulamento disporá sobre as atribuições, o funcionamento e a composição dos conselhos de autoridade portuária, assegurada a participação de representantes da classe empresarial, dos trabalhadores portuários e do poder público. §2º A representação da classe empresarial e dos trabalhadores no conselho a que alude o caput será paritária. §3º A distribuição das vagas no conselho a que alude o caput observará a seguinte proporção: I - 50% (cinquenta por cento) de representantes do poder público; II - 25% (vinte e cinco por cento) de representantes da classe empresarial; e III - 25% (vinte e cinco por cento) de representantes da classe trabalhadora*”.

amministrativa, che si caratterizza per il mandato a termine dei suoi dirigenti, secondo l'art. 21, §2°, della Lei n. 10.233/2001.

Peraltro, la recente normativa ha ampliato le competenze di questo organismo nell'ambito delle concessioni portuali: la legge prevede oggi che l'ANTAQ si coordini con la *Agência Nacional do Petróleo* per regolare l'interfaccia tra le attività portuali e le attività di movimentazione di petrolio, gas naturale e derivati in ambito portuale¹⁶². Inoltre, il § 1 della Lei n. 10.233/2001, come modificato dalla recente normativa, prevede che l'ANTAQ si coordini con le agenzie e gli enti di amministrazione per la risoluzione delle problematiche derivanti dai collegamenti del trasporto marittimo con altre modalità di trasporto, al fine di rendere maggiormente efficiente il trasporto intermodale.

2.3.2 Le problematiche inerenti la *terceirização* diretta all'interno del regime di concessione, la sub-concessione e il trasferimento del controllo societario.

Un aspetto sul quale occorre fare chiarezza riguarda la possibilità in capo ai concessionari di sfruttare direttamente le strutture portuali per la fornitura dei servizi alle imbarcazioni, mediante le prestazioni designate come operazioni portuali. Accade, infatti, che l'Amministrazione del Porto riservi alcune strutture operative per permettere l'utilizzazione agli operatori portuali, in particolare a quelli che non hanno un terminal in locazione.

È l'art. 7 della *Lei* ad essere compatibile con l'alternativa di *exploração* diretta, prevedendo che l'ANTAQ possa disciplinare l'utilizzo, da parte di qualsiasi interessato, delle strutture portuali *arrendadas* o *exploradas* dalla concessionaria, salva la previsione di una adeguata retribuzione al titolare del contratto (di concessione).

In particolare, il Decreto n. 8.033/2013 prevede, tra le variabili ammesse, che l'oggetto del contratto di concessione tratti l'adempimento delle funzioni dell'Amministrazione del Porto e della *exploração* diretta e indiretta delle infrastrut-

¹⁶² Art. 16: “*Ao poder concedente compete: (...) §2º No exercício da competência prevista no inciso II do caput, o poder concedente deverá ouvir previamente a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis sempre que a licitação, a chamada pública ou o processo seletivo envolver instalações portuárias voltadas à movimentação de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis*”.

ture portuali¹⁶³.

Ed è proprio il richiamo allo sfruttamento diretto da parte della concessionaria a rafforzare l'idea secondo la quale il nuovo quadro normativo ammette che la fornitura delle operazioni portuali possa essere fatta anche direttamente dal concessionario.

La possibilità dell'accentramento di queste attività si può rinvenire pure nell'art. 22 del richiamato Decreto, secondo il quale la titolarità dei contratti di locazione (*arrendamento*) e degli altri strumenti volti allo sfruttamento delle aree del Porto Organizzato in vigore al momento della stipula del contratto di concessione possono essere trasferiti alla concessionaria (nei modi di previsti dal bando di gara).

Nonostante queste indicazioni normative favorevoli, vi è chi in dottrina ha espresso perplessità in ordine al rischio della configurazione di un conflitto di interessi nel caso in cui la stessa società sia al tempo stesso Amministratrice del Porto ed *exploradora* diretta del terminal portuale. In questo caso, infatti, può essere compromesso il controllo esercitato da parte dell'amministrazione sulle operazioni portuali o sull'*arrendamento*¹⁶⁴. Si pensi, ad esempio, ai poteri di controllo sulle opere in costruzione, ove il potere di controllo si traduce anche sulla risoluzione di conflitti che riguardano gli operatori che agiscono nell'area del Porto Organizzato. Sebbene l'ANTAQ, secondo il disposto dell'art. 51, A, della *Lei* n. 10.233/2001, abbia la competenza per controllare l'Amministrazione del Porto, gli *arrendatárias* e gli operatori portuali, persiste il rischio in relazione all'esercizio di una richiesta di controllo estremamente importante per il settore, ovvero quella esercitata dall'autorità portuale, che accompagna quotidianamente l'attività dei Porti Organizzati.

La situazione diventa più complessa nell'ipotesi di amministrazione portuale attuata in regime concorrenziale con altro/i *arrendatário/os*; non si può ignorare, infatti, come, in questi casi, essi siano sottomessi alle decisioni ed alle iniziative dell'autorità portuale, che potrebbe trarre vantaggio ad ostacolare le operazioni o, per lo meno, riservare un trattamento anti paritario, pregiudicando il buon funzionamento

¹⁶³ Art. 20 Decreto n. 8.033/2013: “*O objeto do contrato de concessão poderá abranger: I - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias; II - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração indireta das instalações portuárias, vedada a sua exploração direta; ou III - o desempenho, total ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias*”.

¹⁶⁴ MARCOS PINTOS CORREIA GOMES, *O setor portuário e o novo marco regulatório*, op cit., p. 184.

del porto¹⁶⁵.

Risulta dunque chiaro come, allo stato, la problematica rappresenti una lacuna legislativa, sulla quale si auspica un intervento del legislatore brasiliano, al fine di scongiurare le problematiche ravvisate.

Un altro argomento che risente di un vuoto normativo è rappresentato dalla cosiddetta forma di esternalizzazione (*terceirização*) diretta all'interno del regime di concessione, ove la società titolare del contratto di concessione si serve di imprese esterne per lo svolgimento di servizi (o, nella forma più ampia, per la fornitura di prodotti) afferenti alla propria attività.

L'art. 21 del Decreto n. 8.033/2013 dispone semplicemente che i contratti fra la concessionaria e terzi devono essere redatti rispettando le norme di diritto privato, presupponendo così il rispetto delle regole gravanti sulla concessione.

Stante la complessità e la diversità delle attività necessarie per sopperire alla domanda di qualsiasi servizio pubblico, è naturale supporre che le concessionarie abbiano bisogno di ricorrere ad una serie di contratti con imprese terze. Non è ragionevole immaginare che la stessa società abbia all'interno del suo organico tutti i dipendenti incaricati delle opere dello scalo, della riscossione delle tariffe, del controllo della movimentazione dei carichi, della comunicazione con le imbarcazioni e, più in generale, personale per gestire e conservare le attrezzature e i beni per garantire l'entrata e l'uscita dei carichi.

La *Lei* n. 8.987/95, applicabile alle concessioni di servizi pubblici, tratta espressamente il concetto di contrattazione con terzi e appare, nell'attuale scenario legislativo brasiliano, la norma più ricettiva rispetto alla esternalizzazione dei servizi e delle attività anche in ambito portuale. Essa, in particolare, ammette la possibilità di contrattare con terzi per lo svolgimento delle “*atividades inerentes*”¹⁶⁶, espressione que-

¹⁶⁵ Un caso analogo all'esempio è stato trattato dal *Tribunal de Contas* dell'*União*, nell'esame della situazione del Porto di Manaus, dove la *exploração* fu delegata dall'*União* alla *Sociedade de Navegação, Portos e Hidrovias do Estado do Amazonas (SNPH)*. Si veda il *Convênio* n. 07/1997 del *Ministério dos Transportes*. Per quello che si deduce dagli Accordi n. 371/200 – Plénario e n. 1379 – Plénario, la SNPH svolge il ruolo di Autorità Portuaria e diventa proprietaria di una significativa partecipazione azionaria del porto. Si intende quindi che potrà esserci incompatibilità fra il ruolo del SNPH come autorità portuaria e la sua posizione come azionista, questo perché si pregiudica la sua funzione di controllo dei contratti di arrendamento, in quanto l'Autorità portuale è, allo stesso tempo, ente controllato ed ente da controllare.

¹⁶⁶ Così dispone l'art. 25 della citata *Lei*: “*Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a*

sta che permette di contemplare le “*atividades-fim*”, normalmente richiamate dalla giustizia del lavoro nel contesto della terziarizzazione, in virtù dell’*Enunciado* n. 331 del *Tribunal Superior do Trabalho* (TST)¹⁶⁷.

Ad ogni modo, la terziarizzazione da parte delle concessionarie merita un’attenta analisi, sotto il profilo pratico, da svolgersi caso per caso, anche in considerazione delle polemiche che continua a destare nei Tribunali del lavoro.

Altro argomento controverso, omissivo del legislatore brasiliano nella riforma del settore portuale, del quale non si può sottacere in questa trattazione, riguarda l’istituto della sub-concessione, la cui regolamentazione viene lasciata alla normativa generale sulle concessioni del servizio pubblico, dunque, alla summenzionata *Lei* del 1995, ove l’argomento è contemplato all’art. 26, il quale dispone che: “*É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente. § 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência. § 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão*”.

Gli effetti dell’istituto in questione sono significativi, in quanto, dal momento della sua stipula, l’impresa sub-concessionaria diventa responsabile diretta nei confronti del Governo e degli utenti, per tutto ciò che concerne l’esecuzione delle attività sub-concesse¹⁶⁸. In tal caso, il nuovo contratto sarà soggetto alle stesse regole di cui alla concessione originaria, in relazione all’oggetto trasferito, determinando la scissione dello stesso ed il trasferimento di parte dei servizi inizialmente concessi¹⁶⁹.

Inoltre, occorre precisare che la *Lei* n. 8.987/1995 prevede come la sub-concessione sia ammessa nei termini previsti nel contratto di concessione, a condizione che sia espressamente autorizzata dal Governo ed, in tal caso, essa deve essere

terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade. § 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”.

¹⁶⁷ In particolare, richiamando l’enunciato n. 331, il TST ha applicato alle concessioni le intese comuni di terziarizzazione nei seguenti giudicati: AIRR n. 97840-20.2005.5.15.0025, AIRR n. 48340-48.2006.5.15.0025 e RR n. 96200-79.2005.5.15.0025.

¹⁶⁸ Si tenga presente che i contratti di sub-concessione possono prevedere anche eventuali responsabilità solidali o sussidiarie dell’impresa che esercitava la concessione originaria, senza esimerla completamente da ciò che può accadere con il servizio sub-concesso.

¹⁶⁹ Si badi che nei casi di trasferimento parziale dell’oggetto della concessione si dovrebbe parlare di surrogazione di parte delle attività concesse.

preceduta da una gara.

Prima della riforma del settore, quando era consuetudine riunire sotto la stessa impresa sia le funzioni di amministratore del porto sia quelle di sfruttamento per la movimentazione di persone e di merci, si poteva sostenere come, nel caso in cui l'amministrazione del porto fosse esercitata in regime di concessione, l'*arrendamento* dei terminal portuali rappresentasse una forma di sub-concessione. Oggi, tuttavia, considerando che esistono relazioni diverse che devono figurare nei contratti, diventa più difficile immaginare l'utilizzo pratico della sub-concessione relativa alla amministrazione del porto.

Un altro aspetto di cui non si occupa la *Lei* n. 12.815/13 è quello che riguarda la il trasferimento della concessione e il controllo societario della concessionaria.

Anche in questo caso, entrambi gli argomenti sono trattati dalla legge generale sulle concessioni (art. 27) ed anche in questo caso il trasferimento della titolarità della concessione genera controversie, che non sono state risolte dalla legislazione settoriale.

Il dibattito principale riguarda l'obbligo o meno di effettuare la gara (*licitação*), dal momento che questa non è citata tra i requisiti operazionali del trasferimento.

Occorre infatti considerare che, in ordine all'argomento porti, è ancora vigente l'art. 30 della *Lei* n. 10.233/01, il quale consente il trasferimento della titolarità delle concessioni o dei permessi per l'utilizzo dell'infrastruttura portuale, conservando l'oggetto e le condizioni contrattuali una volta che il nuovo titolare soddisfa i requisiti obbligatori. Anche in questa norma, pertanto, non si parla di gare. Anzi, secondo il dispositivo dell'art. 30, sono considerati trasferimenti di proprietà anche le trasformazioni societarie risultanti da scissione, fusione, incorporazione, formazione di consorzio di imprese concessionarie o licenziatarie¹⁷⁰.

Il Decreto n. 8.033/13, di per sé, rafforza le competenze dell'ANTAQ e del Governo, riconoscendo alla prima il potere di analizzare il trasferimento di titolarità di

¹⁷⁰ Art. 30 della *Lei* n. 10.233/2001: “*É permitida a transferência da titularidade das outorgas de concessão ou permissão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo titular atenda aos requisitos a que se refere o art. 29. § 1º A transferência da titularidade da outorga só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização da respectiva Agência de Regulação, observado o disposto na alínea b do inciso II do art. 20. § 2º Para o cumprimento do disposto no caput e no § 1º, serão também consideradas como transferência de titularidade as transformações societárias decorrentes de cisão, fusão, incorporação e formação de consórcio de empresas concessionárias ou permissionárias*”.

contratti di concessione o di *arrendamento* (art. 3° , II) e al secondo la facoltà di approvare le richieste (art. 2° , IV)¹⁷¹.

Il problema si pone, dunque, in ordine all'art. 175 della *Constituição*, che prescrive il requisito della gara come fondamentale per la concessione: “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (...)*”.

Al riguardo, vi sono orientamenti dottrinali divergenti, per cui, per un verso, si ritiene che il predetto articolo possa essere superato, considerando non essenziale la gara per definire il nuovo concessionario¹⁷²; per altro verso, invece, si osserva come, ammettere la possibilità di un traferimento della concessione attraverso una semplice autorizzazione del Governo, significhi ammettere un'elusione del dispositivo costituzionale e del principio della *licitação*, dal momento che conseguirebbe la concessione l'impresa che non ha partecipato al bando o che non lo ha vinto¹⁷³.

Al di là di questi aspetti dottrinali, nella pratica accade spesso che la società, nuova concessionaria, sia definita attraverso la ristrutturazione aziendale, che si risolve nella formazione di una nuova impresa legata alla vecchia concessionaria, come nel caso di una scissione o anche la creazione di una nuova azienda all'interno dello stesso gruppo. In questi casi, è sufficiente osservare le prescrizioni normative relative ai requisiti oggettivi, per cui l'assenza della *licitação* si ritiene fattibile.

In generale, anche nell'ipotesi di trasferimento del controllo societario della concessionaria, non si discute sulla mancanza di gara, dal momento che la persona giuridica rimane la stessa nel contratto, cambiando esclusivamente la composizione societaria e non la titolarità della concessione.

Tuttavia, non si può negare come la modifica degli assetti societari possa realizzarsi anche per eludere il requisito della *licitação*; per questo motivo, il Decreto n.

¹⁷¹ Lo stesso precetto tratta anche l'ipotesi di traferimento del controllo societario. Art. 4, IV, *Lei* n. 8.033/2013: “*Sem prejuízo de outras atribuições previstas na legislação específica, compete ao poder concedente: (...) IV - aprovar a transferência de controle societário ou de titularidade de contratos de concessão ou de arrendamento, previamente analisados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq (...)*”.

¹⁷² MARCOS PINTOS CORREIA GOMES, *O setor portuário e o novo marco regulatório*, op cit., p. 187.

¹⁷³ DI PIETRO M. S. Z., *Parcerias na Administração Pública*, São Paulo, ATLAS, 2006, P. 128, la quale contesta la validità giuridico-costituzionale dell'art. 27 nella parte in cui autorizza il trasferimento della concessione, dal momento che l'art. 175 della Costituzione esige che la concessione sia sempre oggetto di *licitação*.

8.033/13 prevede l'approvazione da parte Governo, previa analisi da parte dall'ANTAQ, per queste modifiche¹⁷⁴.

2.3.3 L'arrendamento¹⁷⁵.

L'art. 2°, XI, della *Lei* n. 12.815/2013 definisce il contratto di *arrendamento* delle strutture portuali come la “*cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado*”.

È necessario precisare, fin da ora, che non si tratta del tipico contratto di *arrendamento* del bene pubblico¹⁷⁶, mediante il quale l'*arrendatário* utilizza i beni di una determinata proprietà pubblica, a condizioni particolari, approvate dal *Ministro da Fazenda*, per un periodo superiore ai 20 anni, istituito questo contemplato nell'art. 96 del Decreto-Lei n. 9.760/1946, convertito nella *Lei* n. 11.314/2013, bensì di un contratto che trasmette un servizio pubblico¹⁷⁷, per mezzo del quale l'Amministrazione pubblica trasferisce non solo l'uso di un determinato bene (pubblico), ma, anche, la fornitura di un servizio di sua proprietà¹⁷⁸.

Parte della dottrina brasiliana¹⁷⁹ sostiene che i contratti di *arrendamento* previsti

¹⁷⁴ Art. 2°: “*Sem prejuízo de outras atribuições previstas na legislação específica, compete ao poder concedente: (...) IV - aprovar a transferência de controle societário ou de titularidade de contratos de concessão ou de arrendamento, previamente analisados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq; (...)*. Art. 3°: “*Sem prejuízo de outras atribuições previstas na legislação específica, compete à Antaq: I - analisar a transferência de controle societário ou de titularidade de contratos de concessão ou de arrendamento (...)*”.

¹⁷⁵ La traduzione letterale del termine corrisponde alla locazione, tuttavia, in questa trattazione si preferisce utilizzare il termine nella lingua originaria.

¹⁷⁶ MARQUES NETO F. A., *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 376, ritiene che: “*Instituto similar à locação, o arrendamento dela se difere porque o proprietário da coisa não recebe como pagamento apenas um valor fixo vinculado ao trespasse da posse do bem, mas faz também jus a participação na exploração deste*”.

¹⁷⁷ Riguardo al punto è interessante leggere le considerazioni di ARAGÃO A. S., *Direito dos serviços públicos*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 698: “*Areladas ao arrendamento encontram-se exigências relativas a quantidades, padrões e metas mínimas, e que a exploração e percepção de frutos decorrentes desse serviço pelo particular constituem um dever, e não apenas uma faculdade oferecida ao arrendatário, não tendo essa liberdade sobre a forma como melhor aproveitar a exploração do bem concedido*”.

¹⁷⁸ Si veda a tal proposito il precetto costituzionale contenuto nell'art. 21, XII, “f”, della *Constituição* del 1988, riportato nel primo capitolo di questa trattazione.

¹⁷⁹ SCHIRATO V. R., *A experiência e as perspectivas da regulação no setor portuário no Brasil*, cit., p. 171-190, sotto la vigenza della *Lei* n. 8.630/1993, ha precisato: “*O arrendamento de instalações portuárias é instituto que muito se assemelha à subconcessão de serviços públicos, tratada no art. 26 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, visto que é contrato público por meio do qual é transferida a terceiros a obrigação de prestar serviços qualificados como públicos em um determinado termi-*

dal nuovo quadro normativo abbiano natura di sub-concessione del servizio pubblico, dal momento che sono necessariamente legati alla concessione del servizio pubblico portuale, fornito all'interno della struttura del Porto Organizzato e che ad essi possa essere applicata, in via complementare, la disciplina di cui all'art. 26 della *Lei* n. 8.987/1995.

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che per i contratti di *arrendamento* non si possa parlare dell'istituto tradizionale della sub-concessione di servizio pubblico, non sussistendo alcun vincolo di diritto pubblico tra il concessionario ed il sub-concessionario. Nell'alveo di tale orientamento, che peraltro si ritiene condivisibile, *l'arrendamento* portuale è stato definito come una “*subconcessão imprópria*”¹⁸⁰, dal momento che il concessionario conserva la funzione di Autorità Portuale, esercitando in parte la funzione di polizia amministrativa nei confronti degli *arrendatários*¹⁸¹.

Si ritiene, in particolare, che questi contratti siano una forma di sub-concessione impropria per la relazione diretta che si instaura tra il Potere Concedente (la *União*) e i sub-concessionari (gli *arrendatários*), andando, questi ultimi, a fornire un servizio pubblico di titolarità della *União*.

Per tale ragione, sia la *Lei* n. 12.815/2013 che il Decreto n. 8.033/2013, in più parti, disciplinano congiuntamente gli strumenti relativi alla concessione dei Porti Organizzati e all'*arrendamento* delle strutture portuali: ad esempio, ai sensi dell'art. 4 della *Lei*, entrambi i contratti devono essere sempre preceduti da procedimento *licitatório*; per effetto del successivo art. 5 entrambi soggiacciono alle medesime clausole contrattuali essenziali; sempre per entrambi i contratti, è prevista una durata contrat-

*nal localizado dentro de um porto organizado. Como muito bem destacam Floriano de Azevedo Marques Neto e Fábio Barbalho Leite, o contrato de arrendamento portuário apresenta características de contrato de concessão de serviço público e características do contrato de concessão de uso de bem público, visto que a atividade versada pelo contrato é uma atividade pública — decorre da própria lei a vocação do uso público do arrendamento — e a instalação física do terminal sobre o qual será outorgado o arrendamento constitui bem público”. In senso conforme si è espresso anche MARQUES NETO F. A., *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*, cit., p. 377.*

¹⁸⁰ Così JUSTEN FILHO M., *Teoria geral das concessões de serviço público*, São Paulo, Dialética, 2003, p. 524.

¹⁸¹ L'Art. 4° del Decreto 8.033/2013 prevede infatti: “*Sem prejuízo de outras atribuições previstas na legislação específica, compete à administração do porto: I - estabelecer o regulamento de exploração do porto, observadas as diretrizes do poder concedente; e II - decidir sobre conflitos que envolvam agentes que atuam no porto organizado, ressalvadas as competências das demais autoridades públicas*”.

tuale fino a 25 anni, rinnovabile una sola volta, per un periodo non superiore a quello originariamente previsto (art. 19 del Decreto n. 8.033/2013).

Secondo la disciplina legislativa, il contratto di *arrendamento* deve preservare i diritti soggettivi degli utenti, quali il pagamento di tasse portuali deliberato in virtù di una politica tariffaria modica e la ricezione di un servizio adeguato; agli *arrendatários*, invece, durante tutta la durata del rapporto, deve essere assicurato l'equilibrio economico-finanziario a garanzia delle condizioni previste dal contratto con il Potere Concedente¹⁸².

Sul punto, è intervenuta anche l'ANTAQ, con la delibera n. 3.220 dell'8 gennaio 2014, la quale, all'art. 8, prevede espressamente che l'*arrendatário* ha il diritto di mantenere l'equilibrio economico-finanziario come stabilito nel contratto, potendo, in caso contrario, richiedere la una revisione contrattuale; peraltro, la stessa facoltà viene riconosciuta anche alla *União*: “*A arrendatária ou o poder concedente poderão solicitar a revisão contratual para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos casos em que vierem a se materializar quaisquer dos riscos expressamente assumidos pelo poder concedente, nos termos previstos no contrato de arrendamento e com reflexos econômico-financeiros para alguma das partes*”.

Sulla base di questa sistematica, l'ANTAQ nell'anno 2013 ha avviato un bando con l'obiettivo di selezionare la proposta più vantaggiosa per la stipula di un contratto di *arrendamento* delle aree e delle strutture pubbliche situate nei Porti Organizzati di Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde, Outeiro e Miramar, procedura che è stata sospesa fino allo scorso 30 settembre per via del ricorso n. 029.083/2013-3 proposto avanti il Tribunal de Contas della *União* (la Corte dei Conti Federale)¹⁸³.

È interessante rilevare come le clausole 13.1 e 13.1.19 del bando prevedessero, in

¹⁸² Ciò è previsto dall'Art. 37 della Costituzione: “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (...)*”.

¹⁸³ È importante richiamare qui il punto 9.5.3. della decisione, ove il TCU ha disposto che: “*nos próximos processos de concessões portuárias, evidem esforços para evitar incluir, nos contratos de arrendamento, obrigações de fazer na modalidade solidária, ante o elevado risco de imputação recíproca de culpa pelo inadimplemento entre os coobrigados*”. Testo integrale disponibile nella pagina internet del TCU, con codice: AC-2413-39/15-P.

capo all'*arrendatário*, l'assunzione dei rischi connessi alla cosiddetta *Teoria da Imprevisão*, secondo la quale un soggetto è integralmente ed esclusivamente responsabile per i rischi derivanti da cambiamenti fiscali (derivanti sia di variazioni di cambio che da modificazioni tributarie) e dal caso fortuito o forza maggiore, oltre che *da efetivação da demanda*¹⁸⁴.

Dette clausole sono state ritenute in evidente contrasto con la natura giuridica dei contratti di sub-concessione del servizio pubblico, in quanto la previsione legislativa contrasta con lo scopo previsto dal legislatore per i contratti di *arrendamento*, che è quello di sviluppare un sistema di distribuzione del rischio a carico esclusivo del concessionario¹⁸⁵; infatti, a norma dell'art. 2 della legge n. 8.987/1995¹⁸⁶ è il concessionario che svolge il servizio pubblico a suo rischio e pericolo.

In quest'ottica, la dottrina brasiliana ritiene che i contratti di sub-concessione siano contratti commutativi e non aleatori¹⁸⁷, dovendo esserci equivalenza tra gli oneri

¹⁸⁴ Clausola 13.1: “*Com exceção das hipóteses previstas neste Contrato, a Arrendatária é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados ao Arrendamento, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos: (...)*”, 13.1.11 “*Variação das taxas de câmbio*”; 13.1.12 “*Modificações tributárias*”; 13.1.13 “*Caso fortuito e força maior que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência, em condições normais do mercado de seguros*”; (...) 13.1.19 “*Não efetivação da demanda projetada por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novos portos organizados ou terminais de uso privado, dentro ou fora da Área de Influência do Porto Organizado*”.

¹⁸⁵ SUNDFELD C. A., *Guia jurídico das parcerias público-privadas, Parcerias público-privadas*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 39: “*A circunstância de a Lei de Concessões definir a concessão de serviço público como aquela em que o concessionário atua ‘por sua conta e risco’ (art. 2º, II) não importa devam ser atribuídos ao concessionário ‘todos os riscos’. Aliás, a própria existência da ‘revisão’ aí está para prová-lo (Lei de Concessões, arts. 18, VIII, 23, IV, e 29, V). Assim, a alocação de riscos é, sim, matéria contratual*”

¹⁸⁶ L'art. 2º della Lei n. 8.987/1995 dispone: “*Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado*”.

¹⁸⁷ I contratti aleatori sono disciplinati dall'art. 458 del *Código Civil*, il quale prevede che “*Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir*”. Ciò che differenzia questi contratti da quelli commutativi (non disciplinati espressamente dal legislatore brasiliano, così come pure in Italia) è l'alea, ove si intende “*probabilidade de perda concomitante à probabilidade de lucro, o que nos remete à ideia de incerteza de ganho*”. Questa incertezza nel contesto contrattuale, si basa su tre classi di fenomeni: “*(i) aqueles decorrentes da execução do próprio contrato e verificáveis tanto em contratos aleatórios como em contratos comutativos e em qualquer tipo contratual; (ii) aqueles externos e independentes do contrato; e (iii) aqueles especialmente determinantes para os contratos aleatórios. Daí ser possível falar em álea normal ou ordinária, álea anormal ou extraordinária, e álea sui generis ou específica, respectivamente*”. Si veda, in questo senso, BORGES N., *A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios*, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, no 782, dez. 2000, p.78-89. In Italia, una interessante riflessione sui due tipi di contratti la possiamo leggere in D'AMELIO M., *Nuovo Digesto Italiano*, UTET, 937. v. 1, p. 310: “*Il primo*

contrattuali previsti per le parti, in quanto maggiori rischi implicherebbero maggiori costi trasferiti agli utenti; ciò in contrasto con il dovere di offrire tariffe modiche, previsto dall'art. 6 della summenzionata legge¹⁸⁸.

Per queste ragioni, in ordine ai contratti in esame, come disciplinati dal nuovo quadro normativo, pare più opportuno parlare di *subconcessão imprópria de serviços públicos*, essendovi, da una parte, una relazione diretta con il concessionario del Porto Organizzato e, dall'altra, un collegamento secondario con il Potere Concedente.

Nell'ambito della nuova disciplina, è importante evidenziare come la *Lei* preveda la possibilità per il Potere Concedente di autorizzare, a seguito di richiesta da parte

principio è d'evidenza palmare e non ha mai dato luogo a questioni. Mancando l'avvenimento incerto, od anche esistendo in modo da non poter produrre l'alea, il contratto non può esistere, o, quanto meno, potrà parlarsi di contratto commutativo, non di contratto aleatorio. Ma di contratto commutativo si potrà parlare solo nei casi, in cui si tratti di negozi, che possano indifferentemente stipularsi con carattere aleatorio o con carattere commutativo, come, per es., la vendita che può essere così nell'uno, come nell'altro modo stipuata. La vendita dell'eredità o d'una quota ereditaria è di sua natura aleatoria (art. 1545 p. p.), ma non è escluso che le parti la possano stipulare con carattere essenzialmente commutativo (arg. dal capoverso del detto articolo). Ne deriva che, presentandosi un caso del genere, la mancanza dell'alea potrebbe anche non distruggere il negozio, lasciandolo esistere come contratto commutativo". In generale, nell'ordinamento italiano, il criterio distintivo riguarda la causa del contratto ed attiene alla presenza o meno del rischio in merito alla produzione degli effetti del nuovo contratto. Si veda VIOLA L., *Il contratto: validità, inadempimento, risarcimento*, tomo I, Cedam, 2009, p. 76, secondo il quale: "Il contratto è detto commutativo nel caso in cui non implichi l'assunzione di alcun rischio a carico delle parti, le quali, al momento della stipula, sono già a conoscenza di quale sarà, rispettivamente, il vantaggio ed il sacrificio a cui andranno incontro. Nel contratto commutativo, in altri termini, il valore della prestazione e/o della controprestazione sono determinati nel loro ammontare. Il contratto, invece, si dice aleatorio tutte le volte in cui il valore della prestazione e/o controprestazione è legato ad un elemento di incertezza, sicché, al momento della conclusione, le parti non possono conoscere in che modo, in concreto, saranno distribuiti i vantaggi e i sacrifici che deriveranno dal contratto stesso".

¹⁸⁸ PEREZ M. A., *O risco no contrato de concessão de serviço público*, Belo Horizonte, Fórum, 2006, p. 104, il quale ritiene che "a noção de equivalência entre os encargos contratuais das partes, bem como o prévio conhecimento destes, opõe-se francamente à ideia de transferência de todos os riscos da contratação para uma única parte: o concessionário. Havendo comutatividade — e não aleatoriedade —, à prestação realizada pelo concessionário deverá corresponder uma contraprestação, pré-conhecida, certa e relativamente equivalente, fixada no contrato (o pagamento de tarifa; o ônus de realizar determinados subsídios; a obrigação de aplicação de reajustes, entre outras). A comutatividade importa, inclusive, salvaguarda dos contratantes quanto aos riscos inerentes a situações alheias à sua vontade e imprevisíveis (cláusula rebus sic stantibus), como veremos em seguida. Esta, todavia, não é a única contradição teórica relacionada à doutrina tradicional do risco na concessão de serviços. Outra se encontra no fato da concessão de serviço público (e este é mais um ponto incontestado, em função, inclusive, do previsto no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95) ser regida pelo princípio da modicidade tarifária. É que desfaz de qualquer bom senso imaginar que há possibilidade de reforçar-se a carga de riscos do concessionário ou transferi-los todos a ele, como aparenta sustentar a doutrina tradicional do risco na concessão, e simultaneamente reduzir a tarifa, isto é, a contraprestação pelos serviços prestados, a valores módicos. Maiores riscos significam, necessariamente, maiores custos transferidos ao usuário".

dell'*arrendatário*, l'espansione dell'area *arrendada*, nei limiti dimostrabili dell'efficienza delle operazioni portuarie¹⁸⁹.

L'efficienza deve essere intesa secondo principi specifici, compatibili con le regole generali a tutela della competitività fuori e dentro il porto, della *licitação* come regola per i contratti amministrativi, del vincolo (per i contratti) dello strumento di convocazione della *licitação*. Questi principi fanno sì che esistano limitazioni per le modifiche contrattuali compiute dall'Amministrazione Pubblica, richiedendo prudenza nell'utilizzo della previsione normativa.

Per limitare la previsione di cui sopra, il Decreto n. 8.033/13, in relazione all'art. 6°, § 6 della *Lei* n. 12.815/2013¹⁹⁰, prevede che sia permessa l'espansione dell'area *arrendada* solo quando sia provata l'impossibilità tecnica, operativa ed economica per effettuare un nuovo procedimento *licitatório* e che, in ogni caso, l'ampliamento dell'area comporterà la revisione degli obiettivi, delle tariffe e degli altri aspetti contrattuali, in modo da poter inserire nel contratto i guadagni di efficienza derivanti dal cambiamento.

In ordine alla durata del contratto, è importante considerare anche che, per rispondere al divieto di cui al § 1 dell'art 5 della *Lei*, l'art. 19 del Decreto fissa il termine di durata dell'*arrendamento* fino a un massimo di venticinque anni, prorogabile una sola volta, per un periodo non superiore a quello originariamente stabilito, a discrezione del Potere Concedente.

Per quanto riguarda, invece, la possibilità di trasferire il contratto di *arrendamento* ad un'altra società o l'ipotesi di modifica del controllo societario, il Decreto fissa le stesse regole riservate alle concessionarie, prevedendo che la valutazione sia svolta dall'ANTAQ e che la decisione finale sia presa dal Potere Concedente¹⁹¹. Questa previsione è coerente con il sistema di competenze stabilito per i Porti Organizzati; infatti, come si vedrà nel paragrafo successivo, l'ANTAQ è responsabile della *licitação*, mentre il contratto viene sottoscritto dal Potere Concedente, escludendo tali competenze per l'Amministrazione del porto, fatta eccezione per le deleghe espresse.

¹⁸⁹ Art. 6, § 6, *Lei* 12.815/2013.

¹⁹⁰ Art. 6, §6°: "(...) *O poder concedente poderá autorizar, mediante requerimento do arrendatário, na forma do regulamento, expansão da área arrendada para área contígua dentro da poligonal do porto organizado, sempre que a medida trouxer comprovadamente eficiência na operação portuária*".

¹⁹¹ Art. 2°, IV, e 3°, I, Decreto n. 8.033/2013.

2.3.4 Il procedimento *licitatório* per le concessioni e gli *arrendamentos*.

L'art. 4 della *Lei* 12.815/2013 prevede che la *concessão* e l'*arrendamento* del bene pubblico destinato all'attività portuale siano regolati da un contratto, che deve essere sempre preceduto da un procedimento *licitatório*¹⁹².

Come anticipato nel paragrafo precedente, la *Lei* attribuisce all'ANTAQ la competenza per indire le *licitações*¹⁹³, prerogativa questa che per i contratti di *arrendamento*, in passato, era riservata all'Amministrazione del porto Organizzato, la quale era tenuta a richiedere esclusivamente una mera valutazione preventiva da parte dell'Agenzia sugli studi di viabilità e sulla bozza del bando¹⁹⁴.

Per garantire l'uniformità dei procedimenti, il Decreto n. 8.033/13 stabilisce oggi che nell'ipotesi di trasferimento delle competenze, previste dall'art. 6, § 5, della *Lei*, per l'elaborazione dei testi o per la realizzazione dei procedimenti *licitatórios*, l'Amministrazione del Porto deve osservare quanto disposto nello stesso Decreto, fatto salvo il controllo degli atti e delle procedure da parte dell'ANTAQ.

I criteri che devono essere presi in considerazione per l'aggiudicazione della *licitação* sono quelli della maggior capacità di movimentazione, della minor tariffa o del minor tempo di lavorazione dei carichi, oltre agli altri stabiliti dal bando e, sempre nel rispetto del regolamento, le *licitações* devono essere svolte nella modalità

¹⁹²Per la definizione di procedimento *licitatório* si veda la definizione di MELLO C. A. B., *Curso de direito administrativo*, 28 ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 517, secondo il quale: "*Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas*". La traduzione letterale, in italiano, è bando di gara. tuttavia, anche in questo caso si preferisce utilizzare il termine nella lingua di origine.

¹⁹³ Art. 6°: "(...) §2° *Compete à Antaq, com base nas diretrizes do poder concedente, realizar os procedimentos licitatórios de que trata este artigo. §3° Os editais das licitações de que trata este artigo serão elaborados pela Antaq, observadas as diretrizes do poder concedente*".

¹⁹⁴ Durante i lavori del Congresso, il testo originale della *Medida Provisória* n. 595/2012 fu cambiato per fare in modo che la *União* potesse determinare il trasferimento delle competenze di predisposizione del bando e la realizzazione dei procedimenti *licitatórios* in capo all'Amministrazione del Porto, delegato o meno. Il silenzio sull'argomento, nella versione originale della *Medida*, creava dubbi sul fatto che, anche nei porti delegati, l'ANTAQ potesse avere competenza per tutte le *licitações* per gli *arrendamentos*, in quanto in passato, tale riserva, aveva creato malumori tra gli Stati ed i Municipi con con delega per lo sfruttamento del porto. Si noti, peraltro, che il testo della *Lei* non assicura la delega di competenza per promuovere le *licitações* per i porti delegati, lasciando tale decisione a un'istanza federale. Così il §5° dell'art. 6°: "(...) *Sem prejuízo das diretrizes previstas no art. 3°, o poder concedente poderá determinar a transferência das competências de elaboração do edital e a realização dos procedimentos licitatórios de que trata este artigo à Administração do Porto, delegado ou não (...)*".

dell'asta¹⁹⁵.

Quest'ultima deve essere intesa come alternativa alla concorrenza ed è concepita come regola generale dalla Legge delle Concessioni (*Lei* n. 8.987/1995), la quale, peraltro, secondo la nuova *Lei*, è applicabile in via sussidiaria per le *licitações*¹⁹⁶. Sempre riguardo a questo punto, la *Lei* prevede anche l'applicazione sussidiaria del *Regime Diferenciado de Contratações* (RDF)¹⁹⁷; vale a dire che ci sono delle alternative per l'ANTAQ o per l'ente delegato nella scelta delle regole da rispettare in queste procedure. Così, essendo la modalità dell'asta compatibile con il regime differenziato, in via sussidiaria, sarebbe possibile applicare le sue regole alle *licitações*.

Ritornando ai criteri, si è detto che la *Lei* presenta opzioni per la selezione della migliore proposta, che possono essere anche ampliati da altri stabiliti nel bando.

Il Decreto n. 8.033/2013 riconferma la regola generale, spiegando anche cosa si debba intendere per maggior capacità di movimentazione del carico e per minor tempo di movimentazione.

L'art. 9 del Decreto, infatti, prevede che: “(...) §2º *A capacidade de movimentação poderá ser definida como: I - capacidade estática, entendida como a quantidade máxima de carga que pode ser armazenada na instalação portuária a qualquer tempo; II - capacidade dinâmica, entendida como a quantidade máxima de carga que pode ser movimentada na instalação portuária durante certo período de tempo e em nível adequado de serviço; ou III - capacidade efetiva, entendida como a quantidade de carga movimentada na instalação portuária, durante certo período de tempo e em nível adequado de serviço. §3º O menor tempo de movimentação poderá*

¹⁹⁵ Art. 6º: “*Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento. §1º As licitações de que trata este artigo poderão ser realizadas na modalidade leilão, conforme regulamento. (...)*”.

¹⁹⁶ Art. 66, *Lei* n. 12.815/2013: “*Aplica-se subsidiariamente às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária o disposto nas Leis n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 8.666, de 21 de junho de 1993*”.

¹⁹⁷ Il RDC è stato introdotto in Brasile con la *Lei* n. 12.462/2011. Inizialmente, si trattava di una *licitação* per soddisfare le esigenze delle Amministrazioni per lo svolgimento dei lavori per la Coppa del Mondo FIFA 2014 e per i Giochi Olimpici e Paralimpici del 2016, specialmente per le infrastrutture aeroportuali. Attualmente, il RDC può essere utilizzato per azioni riguardanti la PAC, da parte di tutti gli enti della Federazione, ed anche per la realizzazione di grandi opere di ingegneria nell'ambito del sistema pubblico.

corresponder: I - ao menor tempo médio de movimentação de determinadas cargas; II - ao menor tempo médio de atendimento de uma embarcação de referência; ou III - a outros critérios de aferição da eficiência do terminal na movimentação de cargas, conforme fixado no edital”.

Il Decreto definisce anche i criteri complementari che possono essere inseriti nel bando, oltre a quelli previsti dalla *Lei*, che possono essere: l’investimento finanziario maggiore, la minore controprestazione possibile del Potere Concedente o la miglior proposta tecnica, conforme ai criteri oggettivi stabiliti dalla *União*.

È da notare che per la scelta della migliore proposta non si prende in considerazione il prezzo della concessione da pagare all’Amministrazione del Porto (o al Potere Concedente); criterio che in passato veniva utilizzato spesso nei bandi di *arrendamento*, come previsto dalla Risoluzione ANTAQ n. 55/2002. L’esclusione di tale requisito rafforza l’idea secondo la quale la nuova *Lei* sia orientata alla riduzione dei costi, unitamente ad una maggiore efficienza del trasporto marittimo.

Il Decreto si occupa altresì delle regole per gli atti preliminari ai bandi, come gli studi di fattibilità tecnica, economica ed ambientale; dette indagini possono essere demandate da parte dalla *União* ad imprese private, incluse quelle interessate a *explorar* il porto o il terminal pubblico¹⁹⁸.

Per le ripercussioni derivanti dalle concessioni e dagli *arrendamentos*, soprattutto per le grandi opere, la *Lei* stabilisce che per entrambe le ipotesi debbano sempre essere interpellate l’autorità doganale, il Potere Pubblico municipale e gli organi che rilasciano i certificati di compatibilità ambientale¹⁹⁹. Inoltre, deve essere ascoltata precedentemente la *Agência Nacional do Petróleo, Gas Natural e Biocombustíveis* quando la *licitação* coinvolge strutture volte alla movimentazione di petrolio, gas naturale e biocombustibili²⁰⁰.

La legislazione settoriale, invece, non disciplina l’argomento relativo all’esigenza di un progetto di base per definire le opere che sono ritenute necessarie e, pertanto, la questione è rimessa alla *Lei* sulle concessioni dei servizi pubblici, che, all’art. 18 , X, enuncia l’obbligatorietà degli *elementos do projeto básico* nella lici-

¹⁹⁸ Art. 6, §3º: “O poder concedente poderá autorizar a elaboração, por qualquer interessado, dos estudos de que trata o caput e, caso esses sejam utilizados para a licitação, deverá assegurar o ressarcimento dos dispêndios correspondentes”.

¹⁹⁹ Art. 14º.

²⁰⁰ Art. 16º, § 2.

tação.

Tale omissione ha destato aspre critiche perché i progetti di base sono considerati un elemento imprescindibile per le concessioni, in quanto definiscono i principali aspetti di un'opera ed, in particolare, stimano i relativi costi.

Tuttavia, il silenzio del nuovo quadro legislativo, può trovare giustificazione nel fatto che l'Amministrazione Pubblica non paga direttamente l'opera e, per questo motivo, non appare necessaria l'elaborazione di un progetto di base per orientare la *licitação*. Peraltro, sarebbe impensabile delineare un progetto delle opere per tutto il periodo di validità del contratto, posto che non tutte le opere sono prevedibili al momento della pubblicazione del bando ed a quello di esecuzione reale del contratto.

Anche il Tribunal de Contas si è espresso in tal senso, passando da una posizione in cui esigeva che le concessioni per la realizzazione delle opere fossero attribuite solo tramite bandi con un progetto di base strettamente definito²⁰¹ ad una visione più aperta, accettando l'elaborazione minima di elementi di base del progetto, come per esempio: i progetti della struttura, le linee guida finanziarie, le strategie per la prestazione dei servizi e le informazioni essenziali per elaborare le proposte dei concorrenti, oltre al rispetto di quanto disposto dall'art. 47 della Lei n. 8.666/1993²⁰².

Nella fase antecedente la pubblicazione del bando, è previsto che l'ANTAQ convochi una *audiencia pública*, con un preavviso utile di almeno dieci giorni, da svolgersi non oltre il quindicesimo giorno utile prima della data di pubblicazione; detta udienza è uno strumento molto importante, essendo un evento aperto al pubblico, durante il quale gli interessati possono presentare, via internet, suggerimenti e critiche agli studi di fattibilità e alla bozza della *licitação*.

Il Decreto, inoltre, stabilisce il contenuto minimo del bando; l'art. 8° prevede: *“O edital definirá os critérios objetivos para o julgamento da licitação e disporá sobre: I - o objeto, a área, o prazo e a possibilidade de prorrogação do contrato; II - os prazos, os locais, os horários e as formas de recebimento da documentação exigida para a habilitação e das propostas, do julgamento da licitação e da assinatura dos contratos; III - os prazos, os locais e os horários em que serão fornecidos aos interessados os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e*

²⁰¹ Si veda a tal proposito la decisione TCU n. 682/2010 – *Plenário e Acórdão n. 392/2002*.

²⁰² Così l'*Acórdão* n. 851/2009.

à apresentação das propostas; IV - os critérios e a relação dos documentos exigidos para aferição da capacidade técnica e econômico-financeira, da regularidade jurídica e fiscal dos licitantes e da garantia da proposta e da execução do contrato; V - a relação dos bens afetos ao arrendamento ou à concessão; VI - as regras para pedido de esclarecimento, impugnação administrativa e interposição de recursos; e VII - a minuta do contrato de arrendamento ou de concessão e seus anexos. Parágrafo único. O edital de licitação poderá impor ao vencedor a obrigação de indenizar o antigo titular pela parcela não amortizada dos investimentos realizados em bens afetos ao arrendamento ou à concessão, desde que tenham sido aprovados pelo poder concedente”.

Riguardo al contenuto del bando per le concessioni dei porti, occorre tenere presente che, oltre al nuovo quadro normativo, rimane applicabile il disposto dell’art. 34, §2°, della *Lei* n. 10.233/2001, nelle parti ancora in vigore²⁰³.

La Nuova Legge dei Porti, poi, non stabilisce esattamente il procedimento *licitatório*, ma prevede, per le concessioni e gli *arrendamentos*, l’applicazione sussidiaria delle leggi n. 12.462/2011, 8.987/1995 e 8.666/1993²⁰⁴. Considerando in particolare modo le differenze esistenti tra la *Lei* General de Licitações e il Regime Diferenciado de Contratações, si ritiene che il legislatore abbia voluto lasciare all’ANTAQ la possibilità di scegliere la regola che ritiene più utile per le attività oggetto del bando.

Il Decreto prevede, inoltre, che il procedimento debba osservare le fasi, secondo l’ordine stabilito dall’art. 12 della *Lei* n. 12.462/11 (RDC): (i) fase di preparazione; (ii) pubblicazione della convocazione; (iii) presentazione delle proposte o offerte; (iv) giudizio; (v) abilitazione; (vi) fase di risorso; (vii) chiusura. L’articolo 14

²⁰³ Art. 34, § 2, *Lei* 10.233/2001: “O edital de licitação indicará obrigatoriamente, ressalvado o disposto em legislação específica: I - o objeto da concessão, o prazo estimado para sua vigência, as condições para sua prorrogação, os programas de trabalho, os investimentos mínimos e as condições relativas à reversibilidade dos bens e às responsabilidades pelos ônus das desapropriações; II - os requisitos exigidos dos concorrentes, nos termos do art. 29, e os critérios de pré-qualificação, quando este procedimento for adotado; III - a relação dos documentos exigidos e os critérios a serem seguidos para aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica dos interessados, bem como para a análise técnica e econômico-financeira da proposta; IV - os critérios para o julgamento da licitação, assegurando a prestação de serviços adequados, e considerando, isolada ou conjuntamente, a menor tarifa e a melhor oferta pela outorga; V - as exigências quanto à participação de empresas em consórcio”.

²⁰⁴ Art. 66: “Aplica-se subsidiariamente às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária o disposto nas *Leis* n°s 12.462, de 4 de agosto de 2011, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 8.666, de 21 de junho de 1993”.

del Decreto dispone che nel caso in cui l'ordine non sia seguito, possano esserci diversi ricorsi, in base alla fase ritenuta impugnabile.

Riguardo alla forma di presentazione delle proposte, il Decreto prevede che il bando possa adottare modi di offerta aperti o chiusi. Nel primo caso, i partecipanti alla *licitação* presentano le loro offerte pubblicamente, in modo crescente o decrescente, secondo quanto previsto dal bando. Nel secondo caso, che combina le offerte proposte per iscritto, presentate in buste sigillate (modo chiuso), con le offerte verbali (modo aperto), ci sono due alternative: il procedimento può iniziare con l'offerta chiusa e, in questo caso, possono essere ammessi alla fase successiva, quella di presentazione delle offerte aperte, i partecipanti che presentano le tre migliori proposte; oppure il procedimento può iniziare in modo aperto e vengono ammessi alla fase successiva, quella chiusa, i partecipanti che presentano le tre migliori offerte.

I ricorsi devono essere inoltrati alla direzione dell'ANTAQ e il giudizio di riconsiderazione è fatto dalla Commissione. L'approvazione del bando di *licitação* è svolta dal Potere Concedente, che può determinare il ritorno degli atti per sanare eventuali irregolarità riscontrate, quando sia possibile la correzione, annullare il procedimento, totalmente o parzialmente, quando il vizio sia insanabile, revocare il procedimento per convenienza o opportunità o ratificare il risultato e aggiudicare il bando.

Infine, il Decreto prevede come, nell'eventualità in cui il vincitore del bando non si presenti alla firma del contratto, il Potere Concedente possa decidere, in concerto con l'ANTAQ, di revocare la *licitação* o di convocare i partecipanti nell'ordine di graduatoria per la firma del contratto, alle condizioni offerte dal vincitore. In questo caso, i chiamati non sono obbligati ad accettare dette condizioni e, nell'ipotesi di esaurimento della graduatoria senza che vi sia stata alcuna accettazione, il Decreto prevede che possano essere nuovamente convocati i partecipanti, sempre secondo l'ordine delle offerte, per la firma del contratto secondo le loro proposte, stavolta vincolanti.

2.4 I Terminali Privati.

La modifica più importante introdotta dalla *Lei* 12.815/2013 riguarda, senza dubbio, l'apertura riconosciuta ai terminali privati per le prestazioni di servizi a terzi.

Il nuovo quadro legislativo ha, infatti, abrogato il regime di cui alla *Lei* n. 8.630/1993, il quale prevedeva che le strutture portuali fossero totalmente o solo parzialmente destinate a movimentare carichi propri, con la possibilità, per i terminal privati di uso misto, di movimentare carichi di terzi solo sussidiariamente e solo rispettando delle regole quantitative, che non permettevano di fatto la libera concorrenza del settore.

Oggi, l'art. 8 della *Lei* prevede che le strutture portuali situate fuori dall'area del Porto Organizzato possano essere *exploradas* mediante *autorização* (senza *licitação*), preceduta da chiamata o da annuncio pubblico ed, eventualmente, da selezione pubblica, riconoscendo le seguenti modalità: *I - terminal de uso privado; II - estação de transbordo de carga; III - instalação portuária pública de pequeno porte; IV - instalação portuária de turismo.*

Inizialmente, la nuova formulazione è stata oggetto di questioni interpretative riguardo la forma di autorizzazione prevista per lo sfruttamento dei terminal privati; infatti, si è discusso molto sulla possibilità per i privati di avere una *autorização de serviço público* e sulla conseguente questione di legittimità costituzionale dell'enunciato, posto che l'art. 175 della *Constituição* brasiliana prevede che detti servizi debbano essere forniti dal Potere Pubblico *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão*, sempre attraverso il procedimento di *licitação*.

La questione è stata subito risolta prendendo le mosse dall'art. 21, XI e XII, della stessa Costituzione, il quale riconosce una certa discrezionalità al legislatore, affinché stabilisca la forma attraverso la quale il Potere Pubblico possa regolamentare l'esercizio delle attività economiche ed effettuare la prestazione dei servizi pubblici.

Partendo da questo presupposto, la dottrina brasiliana distingue due forme di autorizzazione: le *autorizações operativas* e le *autorizações de funcionamento*²⁰⁵.

Le prime si configurano con l'esercizio della funzione di polizia amministrativa dell'*União*, che si esaurisce con l'emissione di un atto, senza alcun riconoscimento, salvo disposizione contraria, di vincoli; le seconde, invece, si caratterizzano per un legame permanente con l'Amministrato, in modo da garantire una *costante adaptabi-*

²⁰⁵ ARAGÃO A. S., *Direito dos serviços públicos*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 230.

lidade²⁰⁶, al fine di tutelare l'interesse pubblico collegato all'attività svolta.

Le autorizzazioni portuali sono inquadrare nella seconda fattispecie, ove il *vincolo permanente*, ovvero il contratto con l'Amministrazione Pubblica, può nascere dalla richiesta da parte di un interessato al fine di ottenere un'autorizzazione²⁰⁷, dietro presentazione dei documenti che: (i) descrivano i principali strumenti di carico e di scarico delle imbarcazioni e di movimentazione dei carichi negli impianti di stoccaggio, informando sulla quantità esistente, capacità e utilizzo; (ii) esponano il piano reale e finanziario per la realizzazione dell'impianto portuale; (iii) descrivano la stima della movimentazione di merci o di passeggeri; e (iv) indichino il valore complessivo dell'investimento²⁰⁸.

La *costante adaptabilidade* può essere ricavata dall'art. 47 della *Lei n. 10.233/2001*, il quale prevede che i soggetti autorizzati non hanno alcun diritto alla conservazione del diritto ottenuto: “*A empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação*”.

Dal *vincolo permanente* discende, invece, il carattere vincolato della *autorização portuale*.

Infatti, la *autorização vinculada* è il requisito mediante il quale l'Amministrazione Pubblica conferisce un titolo al privato per esercitare una determinata attività di interesse pubblico, salvo il rispetto di certe condizioni prestabilite. Vale a dire che solo l'interessato che rispetta tutti i requisiti stabiliti dalla legge, può vantare un diritto soggettivo ad ottenere il titolo.

Tali autorizzazioni sono peraltro già conosciute nell'ordinamento giuridico brasi-

²⁰⁶ GARCIA F. A. e DE FREITAS R. V., *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração portuária*, in BOCMANN MOREIRA E., cit., p. 248.

²⁰⁷ Da questo presupposto MOREIRA E. B., *A nova Lei dos Portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros*, in RIBEIRO L. C., FEIGELSON B., FREITAS R. V., *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferrovias, rodovias e mineração*, Belo Horizonte, Fórum, 2014, sostiene che “*Com a devida licença pelo jogo de palavras e números, é preciso dissociar as autorizações do século XIX das autorizações do art. 21 — estas, sim, apropriadas ao Direito Administrativo deste século XXI. Afinal, não mais vivemos no Estado liberal oitocentista, em que as pessoas privadas eram definitivamente proibidas de ingressar no setor público da economia (e, se excepcionalmente o fizessem, só haveria duas modalidades a permitir essa extravagância: a concessão e a permissão de serviços públicos). Em suma, talvez seja mais adequada a interpretação constitucional a partir da própria Constituição — e não por meio de lentes cognitivas oriundas de outros séculos*”.

²⁰⁸ Art. 27 del Decreto n. 8.033/2013.

liano: ad esempio, esse possono essere rinvenute nell'art. 131 della *Lei* n. 9.472/1997 (LGT)²⁰⁹, che disciplina il regime giuridico della *exploração privada* dei servizi di telecomunicazioni, nell'art. 5, II, della *Lei* n. 9.074/1990²¹⁰, che disciplina la figura del *Produtor Independente de Energia* (PIE), nell'art. 53 della *Lei* n. 9.478/1997, che dispone sul regime giuridico per la raffinazione del petrolio²¹¹.

Occorre, tuttavia, precisare che, anche se l'autorizzazione portuale riguarda un'attività privata di interesse collettivo, non significa che il Poter Pubblico sia autorizzato ad imporre ai privati obbligazioni tipiche dei servizi pubblici, perché violerebbe palesemente il principio della libera iniziativa²¹².

Principio quest'ultimo che, insieme a quello della concorrenza, costituisce un obiettivo principale della *Lei* n. 12.815/2013²¹³.

²⁰⁹ Art. 131: “*A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias*”.

²¹⁰ Art. 5: “*São objeto de concessão, mediante licitação: (...) II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 1.000kW, destinados à produção independente de energia elétrica*”.

²¹¹ Art. 53: “*Qualquer empresa ou consórcio de empresas que atenda ao disposto no art. 5º desta Lei poderá submeter à ANP proposta, acompanhada do respectivo projeto, para a construção e operação de refinarias e de unidades de processamento, de liquefação, de regaseificação e de estocagem de gás natural, bem como para a ampliação de sua capacidade*”.

²¹² In questo senso si è espresso il Superior Tribunal de Justiça (STJ. REsp nº 61.4048, Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 02.05.2005): “*A intervenção estatal no domínio econômico é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, por força da livre iniciativa e dos cânones constitucionais inseridos nos arts. 170 e 174, da CF. 2. Deveras, sólida a lição de que um dos fundamentos da Ordem Econômica é justamente a ‘liberdade de iniciativa’, conforme dispõe o art. 170, o qual, em seu inciso IV, aponta, ainda a ‘livre concorrência’ como um de seus princípios obrigatórios: ‘A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência’. Isto significa que a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar reter em suas mãos o poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica tal ou qual; evidentemente, também lhe faleceria o poder de fixar o montante da produção ou comercialização que os empresários porventura intentem efetuar. De acordo com os termos costitucionais, a eleição da atividade que será empreendida assim como o quantum a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos. O direito de fazê-lo lhes advém diretamente do Texto Constitucional e descende mesmo da própria acolhida do regime capitalista, para não se falar dos dispositivos costitucionais supramencionados. No passado ainda poderiam prosperar dúvidas quanto a isto; porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: ‘Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado’*”.

²¹³ Ciò è confermato anche dalle parole della Presidente della Repubblica che, nel discorso n. 222 del 5 giugno 2013, reso per giustificare il voto di alcuni articoli alla MP n. 595/2012, ha precisato riguardo ai terminal industria: “*O conceito de terminal indústria incluído no projeto de lei retoma a distinção entre carga própria e de terceiros, cuja eliminação era uma das principais finalidades do novo marco legal para o setor portuário. A retomada de restrições ao tipo de carga a ser movimentada*”.

È bene inoltre precisare come il processo di autorizzazione possa essere avviato tanto dal privato quanto dall'ANTAQ²¹⁴.

Infatti, la *Lei* prevede ancora l'avvio del procedimento selettivo anche su iniziativa del Potere Pubblico, indipendente dalla richiesta dell'interessato; tale iniziativa deve essere in linea con le regole della pianificazione e con le politiche del settore portuale e deve avvenire con l'apertura del procedimento di chiamata pubblica, al fine di verificare l'esistenza di soggetti interessati ad ottenere l'autorizzazione all'installazione della struttura portuale.

Nell'eventualità di iniziativa privata, dopo la regolare presentazione dei documenti sopra descritti, è obbligatoria la pubblicazione di un bando pubblico, al fine di valutare se ci siano altri interessati ad ottenere l'autorizzazione portuale nella stessa regione e con caratteristiche simili²¹⁵. Si tratta quindi di un approccio preventivo al fine di preservare la concorrenza nel settore.

Sensibilizzazione alla concorrenza che si ravvisa anche nella necessità, imposta dall'art. 30 del Decreto n. 8.033/2013, di verificare la possibilità di realizzazione materiale di due o più impianti nella stessa regione geografica in modo da non pregiudicare le operazioni di alcuno di essi²¹⁶.

Solo nel caso in cui non sia possibile l'installazione di due o più terminal privati, viene aperto un processo selettivo pubblico, promosso dall'ANTAQ, nell'osservanza dei principi della legalità, di impersonalità, di moralità, di pubblicità e di efficienza²¹⁷. Secondo la legge, il procedimento deve considerare come criteri di giudizio, di

em cada terminal portuário constitui um empecilho à ampla abertura do setor e à elevação da concorrência, objetivos primordiais da Medida Provisória”.

²¹⁴ Si noti il profondo cambiamento con la legislazione precedente, secondo la quale l'interessato, prima di poter movimentare un limitato quantitativo di carichi di terzi, doveva prima dare la prova del quantitativo di movimentazione delle proprie merci.

²¹⁵ Art. 27 del Decreto n. 8.033/2013: “(...) - II - desde que a documentação esteja em conformidade com o disposto no caput, promover, em até dez dias, a abertura de processo de anúncio público, com prazo de trinta dias, a fim de identificar a existência de outros interessados em autorização de instalação portuária na mesma região e com características semelhantes”.

²¹⁶ Art. 30 del Decreto n. 8.033/2013: “Encerrado o processo de chamada ou de anúncio públicos, o poder concedente deverá analisar a viabilidade locacional das propostas e sua adequação às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário. Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se viabilidade locacional a possibilidade da implantação física de duas ou mais instalações portuárias na mesma região geográfica que não gere impedimento operacional a qualquer uma delas”.

²¹⁷ Art. 12, § 2°: “(...) §2° Havendo mais de uma proposta e impedimento locacional que inviabilize sua implantação de maneira concomitante, a Antaq deverá promover processo seletivo público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

forma isolata o combinata, la maggiore capacità di movimentazione, la minore tariffa o il minore tempo di movimentazione di merci e altri stabiliti nel bando di gara, che non sono altro che gli stessi scelti per l'*arrendamento* e la *concessão*²¹⁸.

A livello interpretativo, si può sostenere che, in caso di più interessati, il processo di selezione deve comunque salvaguardare il principio di ugualianza richiesto dal diritto amministrativo²¹⁹.

L'*autorização* può essere rilasciata direttamente, senza lo svolgimento del procedimento selettivo, qualora: a) il procedimento di chiamata o annuncio pubblico si conclude con la partecipazione di un unico interessato; b) non vi è alcun vincolo o impedimento all'installazione contemporanea di tutte le strutture richieste, quando lo studio di fattibilità non rileva impedimenti operazionali per le installazioni stesse²²⁰.

Nel caso di non fattibilità di più strutture richieste nella stessa Regione, l'ANTAQ è tenuta a: a) stabilire i criteri di giudizio del procedimento selettivo pubblico; b) definire il periodo di 30 giorni affinché gli interessati riformolino le proprie proposte, adattandole al processo selettivo pubblico. In questa seconda ipotesi, nel caso in cui venga meno l'impedimento all'installazione di più strutture, le proposte ripassano al vaglio di approvazione del Potere Concedente, al fine di valutare la fattibilità rispetto alle nuove condizioni.

Come preannunciato, la *autorização* viene formalizzata attraverso un contratto di adesione²²¹, che contiene, oltre alla descrizione dell'oggetto, le condizioni per soddi-

²¹⁸ Art. 12, § 3º: “(...)§3º O processo seletivo público de que trata o §2º atenderá ao disposto no regulamento e considerará como critério de julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital(...)”.

²¹⁹ SILVA A., *Privatização no Brasil e no novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?*, in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 63; MOREIRA E. B., *Exploração privada dos portos brasileiros: concessão versus autorização*, in *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 1, n. 0, p. 31-45, maio/jun. 2013. p. 36.

²²⁰ L'Art. 30 del Decreto n. 8.033/2013 prevede che: “Encerrado o processo de chamada ou de anúncio públicos, o poder concedente deverá analisar a viabilidade locacional das propostas e sua adequação às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário. Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se viabilidade locacional a possibilidade da implantação física de duas ou mais instalações portuárias na mesma região geográfica que não gere impedimento operacional a qualquer uma delas”. Si noti, peraltro, che il Regolamento non definisce quali possano essere gli impedimenti operazionali. Si ritiene che essi riguardino la sostenibilità del sistema portuale.

²²¹ Art. 8 Lei n. 12.815/2013: “(...) §1º A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterá as cláusulas essenciais previstas no caput do art. 5º, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII (...)”. Da qui si evince la nota distintiva con l'autorizzazione tradizionale, che è un atto amministrativo.

sfare l'interesse pubblico, l'ambiente e la sicurezza della popolazione, così come previsto dal comma 1 dell'art. 8 della *Lei* n. 12.815/2013²²².

È chiara, quindi, l'esistenza di obblighi in capo all'*autorizatário*; questi obblighi non sono eterni, ma, come ogni atto, contratto o norma di diritto (economico), la mutabilità delle condizioni è caratteristica in essi insita²²³. Così l'ANTAQ ha il potere, ed anche il dovere, di modificare tali obblighi, oltre che i requisiti, ogni qualvolta il servizio pubblico lo richieda, a condizione che sia dato del tempo al soggetto autorizzato per adattarsi alle nuove disposizioni²²⁴.

Se, da un lato, l'ANTAQ può vantare tale prerogativa, dall'altro, anche l'*autorizatário* può richiedere delle modifiche al contratto, come, ad esempio, la variazione del tipo di merci trasportate²²⁵, posto che il Decreto n. 8.033/2013 distingue i tipi di carico tra: massa solida, massa liquida o gassosa, merci varie o merci containerizzate²²⁶.

L'autorizzazione ha una durata determinata di venticinque anni²²⁷ e può essere rinnovata per periodi successivi, anche se l'ANTAQ ha il potere di annullarla o revocarla con il venir meno dei requisiti per i quali la stessa era stata concessa o per

²²² L'art. 8 fa espresso richiamo all'art. 5 della stessa *Lei*.

²²³ VAZ M. A., *As características das normas de direito econômico*, in *Direito econômico: a ordem econômica portuguesa*, 4 ed., Coimbra ed., 1998. p. 85: “*As normas de direito econômico encontram-se em constante mutação. Mesmo aquelas que constituem as bases de institutos ou de regime de regulamentação geral (regime de preços, leis de fomento industrial, leis de concorrência, etc.) são frequentemente alteradas, não falando já da multidão de normas de actuação imediata e pontual, que, por natureza, são pouco estáveis. Trata-se, obviamente, de fenómeno ligado intimamente às necessárias adaptações à mudança das condições económicas e das políticas económicas que lhes correspondem, sobretudo no domínio da política conjuntural*”

²²⁴ L'Art. 47 della *Lei* n. 10.233/2001 prevede infatti che: “*A empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação*”.

²²⁵ Il Decreto non vieta tali cambiamenti, poiché permette mediante un atto del Potere Concedente, tale cambiamento senza la sottoscrizione di nuovo contratto di adesione. Così prevede l'art. 35, “*(...) Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto ncaput, o poder concedente poderá, conforme disciplinado em ato do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República, dispensar a emissão de nova autorização nas hipóteses de: I - a alteração do tipo de carga movimentada; ou II - a ampliação da área da instalação portuária, localizada fora do porto organizado, que não exceda a vinte e cinco por cento da área original, desde que haja viabilidade locacional*”.

²²⁶ Art. 29 Decreto n. 8.033/2013: “*(...) §1º O perfil de cargas a serem movimentadas será classificado conforme uma ou mais das seguintes modalidades: I - granel sólido; II - granel líquido e gasoso; III - carga geral; ou IV - carga containerizada (...)*”.

²²⁷ Art. 8, §2: “*A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que: I - a atividade portuária seja mantida; e II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento*”.

l'emersione di altri, considerati indispensabili, che determinano la risoluzione dell'autorizzazione, senza alcun tipo di indennizzo per il soggetto autorizzato. È per questo motivo che, prima di qualsiasi decisione, ANTAQ è obbligata ad aprire, secondo la *Lei* del Processo Amministrativo, il contraddittorio con il privato. Solo se viene dimostrata la permanenza delle ragioni tecniche, fiscali e giuridiche che motivano l'autorizzazione, come l'interesse pubblico a mantenere l'installazione, essa non può essere revocata o risolta.

In ragione di ciò, l'autorizzazione deve comprendere i casi di risoluzione o di revoca²²⁸; nel primo caso, la risoluzione segue per analogia la previsione di cui alla *Lei* n. 8.666/93²²⁹, che impone sanzioni ai vizi della prestazione, mentre, la revoca si verifica quando vengono meno alcune delle cause che hanno dato origine all'autorizzazione.

Oltre alla revoca e alla risoluzione, la rinuncia è un modo per porre fine al contratto; questa si verifica quando il soggetto autorizzato rinuncia al suo diritto di sfruttare una determinata attività economica.

Tale possibilità differenzia fortemente l'autorizzazione dalla concessione, in ordine alla quale il concessionario non può semplicemente rinunciare al contratto, poiché l'art. 65 della *Lei* n. 8.666/93 prevede che solo con un accordo tra le parti o per decisione unilaterale del concedente, qualsiasi clausola del contratto può essere modificata, inclusa quella relativa al termine finale, mentre nel caso delle autorizzazioni è sufficiente che il soggetto autorizzato comunichi la propria decisione all'ANTAQ, senza la necessità di ulteriori requisiti.

²²⁸ Art. 43 *Lei* n. 10.233/2001: “*A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será outorgada segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013) I – independe de licitação; II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição; III – não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação*” e Art. 5 *Lei* 12.815/2013: “*(...) XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades (...)*”.

²²⁹ Art. 86 *Lei* n. 8.666/1993: “*O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. § 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei. § 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado. § 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente*”.

2.5 Le installazioni portuali pubbliche di piccoli porti, le stazioni di trasferimento dei carichi e i terminal turistici.

Non si può concludere il discorso sulle novità introdotte dalla *Lei* n. 12.815/2013 senza parlare prima delle stazioni destinate al trasbordo di merci, delle piccole strutture portuali pubbliche e dei terminal ad uso turistico.

Le prime (ETC), definite dall'art. 2, V, della *Lei*, sono le strutture portuali situate fuori dall'area del Porto Organizzato, *exploradas* da privati mediante *autorização*, destinate al trasbordo di merci da imbarcazioni provenienti da navigazione interna o costiera.

Il procedimento di autorizzazione è identico a quello dei TUP, così come le considerazioni sopra evidenziate sul regime giuridico ad essi applicabile.

Tuttavia, non si può sottacere l'importanza di queste stazioni, in considerazione del fatto che esse integrano le diverse forme di trasferimento delle merci, quali le strade e le ferrovie, completando così la rete logistica del Brasile ed anche in considerazione degli elevati investimenti che le imprese private, sia autoctone che straniere, stanno effettuando per la costruzione delle stesse.

Si pensi che nella Regione di Miritituba, per il biennio 2015/2017, è prevista la costruzione di 26 ETC, finalizzate alla formazione di un complesso che comprende anche i municipi di Itaituba e di Rurópolis; la previsione è quella di generare un flusso di almeno 100.000 mezzi al mese, nel periodo di alta stagione del Mato Grosso, tra febbraio ed aprile, che trasportino prodotti agricoli ed elettronici.

Inoltre non si può non considerare l'importante costruzione di ETC, autorizzata nell'agosto del 2014, nel municipio di Itaituba, nello stato di Pará; in questo caso la previsione riguarda il trasbordo di carichi da camion a navi per almeno quattro milioni di tonnellate di grano all'anno.

È evidente che la costruzione di ETC in questa zona favorirà lo sviluppo del cosiddetto *Corredor Norte*, come un percorso alternativo per il trasporto del grano raccolto negli stati del Mato Grosso e di Pará meridionale, riducendo così la congestione che fino alle nuove costruzioni hanno sofferto i porti della regione del Sud-Est, soprattutto quelli di Santos e di Paranaguá.

Anche le installazioni pubbliche di piccoli porti sono definite dall'art. 2 della *Lei*, il quale prevede che anche esse siano situate fuori dall'area del Porto Organizzato ed

exploradas mediante *autorização*, al fine di trasportare merci o passeggeri provenienti da navigazione interna.

Si tratta del riconoscimento giuridico di quelle strutture portuali destinate a ricevere persone e merci provenienti da corsi d'acqua già esistenti e che, benchè servano gran parte della popolazione, non sono considerate porti.

Sia la *Lei* che il Decreto trattano, in modo superficiale, la disciplina di queste strutture, così come la *Resolução* ANTAQ n. 3.290/2014.

Il procedimento per ottenere l'autorizzazione a queste installazioni segue gli stessi modelli e le stesse caratteristiche delle quelle previste per il TUPs.

Diverso, invece, è il discorso per quanto riguarda il Terminal Turistici.

Occorre, innanzitutto, segnalare che la versione originaria della vecchia *Lei de Modernização dos Portos* (*Lei* n. 8.630/1993) non parlava di questi terminal, probabilmente per il fatto che la preoccupazione del legislatore dell'epoca riguardava in particolare il commercio, posto che ben poche persone che potevano permettersi di viaggiare ed anche perché l'inflazione esauriva le risorse economiche dei brasiliani e, dunque, le crociere erano destinate ad una piccola parte della popolazione.

Da quanto appena illustrato, appare comprensibile la mancanza di una regolamentazione ad hoc.

Così è stato fino al 2006, vale a dire, fino a quando l'economia brasiliana ha iniziato la ripresa con la diminuzione dell'inflazione e il conseguente aumento del potere di acquisto della popolazione e delle navi da crociera sulle coste brasiliane; il legislatore è pertanto intervenuto con la *Lei* n. 11.314/2006.

Nel dualismo pubblico/privato, le operazioni di carico e di scarico dei passeggeri sono state inserite nella disciplina di cui ai terminal privati e in questa sono rimasti.

Si tenga presente che nell'ordinamento brasiliano si usa distinguere tra terminal in cui vi è ormeggio e terminal in cui non vi è. Questi ultimi si caratterizzano per il fatto di non avere una area di ormeggio e sono destinati a ricevere i passeggeri le cui navi attraccano in luogo lontano dalla banchina. Qualora invece sia presente un attracco, si effettua una ulteriore suddivisione tra i terminal che consentono lo sbarco dei passeggeri e quelli in cui vi è solo il transito di questi ultimi.

Dividendo questo tipo di installazioni in tre categorie (terminal che effettuano il carico e lo scarico dei passeggeri, terminal che permettono il transito di passeggeri e

terminal senza ormeggio), l'ANTAQ ha delineato tre diverse modalità di regolamentazione.

È evidente che i terminal privati che effettuano le operazioni di carico e scarico dei passeggeri, sia nazionali che internazionali, debbano necessariamente effettuare controlli doganali, gestire i bagagli, fornire anche aree di attesa, con strutture mediche, spazi per la ristorazione e spazi per gli organi governativi, come l'ANVISA (*Agência Nacional de Vigilância Sanitária*). I requisiti per chiedere l'autorizzazione sono illustrati nel comma 1 dell'art. 5 della *Resolução* n. 1.556/2009²³⁰. Esempio di

²³⁰ Art. 5 della *Resolução* n. 1.556/2009: “O terminal portuário de uso privativo de turismo, para movimentação de passageiros, com atracação deve ser construído com estrutura básica para atender às embarcações de passageiros em turismo e aos passageiros, tripulantes e suas bagagens nas operações de embarque, desembarque e trânsito. §1º O terminal portuário de uso privativo de turismo, para movimentação de passageiros, com atracação e capacidade para realizar operações de embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens deve atender aos seguintes requisitos mínimos: I - infraestrutura aquaviária adequada ao projeto do terminal e compatível com os requisitos operacionais das embarcações-tipo de projeto; II - instalações de acostagem com capacidade para receber as embarcações-tipo de projeto; III - instalações e utilidades portuárias compatíveis com as necessidades das embarcações-tipo de projeto; IV - plataformas para uso exclusivo como local de embarque e desembarque de passageiros, dotadas de superfícies planas e horizontais, com piso nivelado e antiderrapante; V - instalações para recepção, triagem e atendimento aos passageiros nas operações de embarque, desembarque e trânsito, dimensionadas para atender ao fluxo de pessoas projetado para o terminal; VI - recinto provido de assentos individuais em número compatível com o fluxo de pessoas projetado para o terminal, para embarque e desembarque de passageiros; VII - recinto para recepção e restituição de bagagem, dimensionado e equipado com observância dos aspectos ergonômicos para livre movimentação de passageiros com volumes, dotado de sistema de informações confiável e controle eletrônico da bagagem; VIII - instalações de delimitação da área do terminal e sistema de segurança nas áreas interna e externa, conforme Código Internacional para a Proteção de Navios e Instalações Portuárias (ISPS Code) do terminal portuário de uso privativo de turismo, para movimentação de passageiros; IX - instalações do terminal acessíveis para passageiros e tripulantes com necessidades especiais ou com mobilidade reduzida; X - recintos destinados à administração do terminal, aos agentes de autoridade de governo no porto e para serviços de receptivo, que deverão estar disponíveis a esses usuários nos períodos de funcionamento do terminal; XI - instalações sanitárias para uso geral, aparelhadas para pessoas com necessidades especiais, em número compatível com o fluxo de pessoas projetado para o terminal; XII - sistema de comunicação interna áudio-visual e sistema de orientação para a circulação interna e externa de passageiros e tripulantes; XIII - serviços e instalações de apoio destinados a passageiros e tripulantes, tais como telefones públicos, acesso à internet, informações turísticas e pré-atendimento em emergências médicas; XIV - áreas para circulação de veículos, estacionamento e taxiamento de receptivo de turismo e de prestadores de serviço às embarcações de passageiros em turismo; XV - instalações para fornecedores e prestadores de serviços às embarcações de passageiros em turismo; XVI - sinalização vertical e horizontal para orientação da circulação interna e da entrada e saída de veículos e pedestres, assim como sistemas de iluminação interna e externa. § 2º O terminal portuário de uso privativo de turismo, para movimentação de passageiros, com atracação, com capacidade para realizar apenas operação de trânsito de passageiros nacionais e internacionais e tripulantes, deve atender aos seguintes requi-

questo tipo di terminal, noto come *home port*, è il porto di Santos, quello di Rio de Janeiro e quello di Salvador.

Se invece il terminal esegue solo operazioni di transito e non è il porto di arrivo né di partenza delle navi, ma rappresenta solo uno scalo, esso non necessita delle infrastrutture di cui sopra. I requisiti per chiedere l'autorizzazione sono illustrati nel §2 dell'art. 5 della *Resolução* n. 1.556/2009; ne è un esempio il porto di Itajai.

Infine, se il terminal privato non consta di alcuna area per l'attracco delle navi, costituendo semplicemente un punto di appoggio per lo sbarco di imbarcazioni di supporto, le quali effettuano il collegamento tra la nave ed il molo, il terminal deve garantire la presenza di infrastrutture idonee all'attracco di tali natanti, oltre a locali appropriati, sicuri e confortevoli per i passeggeri che sbarcano ed imbarcano da queste piccole imbarcazioni.

I requisiti per questi terminal sono previsti dal § 3 dell'all'art. 5 della *Resolução* n. 1.556/2009; esempio è il Molo di Belo o di Buzios.

sitos mínimos: I - infraestrutura aquaviária adequada ao projeto do terminal e compatível com os requisitos operacionais das embarcações-tipo de projeto; II - instalações de acostagem com capacidade para receber as embarcações-tipo de projeto; III - instalações e utilidades portuárias compatíveis com as necessidades das embarcações-tipo de projeto; IV - plataformas para uso exclusivo como local de desembarque e reembarque de passageiros, dotadas de superfícies planas e horizontais, com piso nivelado e antiderrapante; V - instalações para recepção, triagem e atendimento aos passageiros e tripulantes em operação de trânsito, dimensionadas para atender ao fluxo de pessoas projetado para o terminal; VI - área abrigada de espera para acomodar passageiros e tripulantes em trânsito, provida de assentos individuais em número compatível com o fluxo de pessoas projetado para o terminal; VII - instalações do terminal acessíveis para passageiros e tripulantes com necessidades especiais ou com mobilidade reduzida; VIII - instalações sanitárias para uso geral, aparelhadas para pessoas com necessidades especiais, em número compatível com o fluxo de pessoas projetado para o terminal; IX - sistema de comunicação interna áudio-visual e sistema de orientação para a circulação interna e externa de passageiros e tripulantes; X - instalações para controle de acesso ao terminal e demais itens mínimos de segurança pública considerados necessários pela Polícia Federal e pela Receita Federal do Brasil, e em conformidade com o "ISPS Code", se cabível; XI - serviços e instalações de apoio destinados a passageiros e tripulantes, tais como telefones públicos, acesso à internet, informações turísticas, pré-atendimento em emergências médicas e serviços de receptivo; XII - áreas para circulação, taxiamento e estacionamento de veículos de receptivo de turismo e de prestadores de serviço às embarcações de passageiros em turismo; XIII - instalações para fornecedores e prestadores de serviços às embarcações de passageiros em turismo; XIV - instalações para que a administração do terminal, as autoridades de governo e o serviço de receptivo possam desempenhar suas atividades, onde cabível; XV - sinalização vertical e horizontal para orientação da entrada e saída de veículos e pedestres e da circulação interna, assim como sistemas de iluminação interna e externa".

La divisione in terminal con o senza attracco e di carico e scarico o di transito aiuta l'organizzazione del settore, prevedendo maggiori infrastrutture per i passeggeri nei porti in cui è prevista la necessità e riducendo, quindi, i costi degli operatori portuali in quelli di passaggio.

Si consideri, peraltro, che la possibilità di terminal turistici senza ormeggio amplia le possibilità di quello che era, fino a poco tempo fa, una risorsa scarsa e che oggi, invece, alimenta anche la concorrenza tra operatori portuali e operatori turistici.

Nella *Lei* n. 12.815/13 non vi è alcuna esplicita autorizzazione perché i porti pubblici abbiano la riserva dei terminal di passeggeri. Tuttavia, attualmente, i principali porti di entrata e di uscita dei turisti in Brasile sono pubblici, ovvero quelli di Rio de Janeiro, di Salvador e di Santos, con i rispettivi terminal turistici di Pier Maua, di Concais e la *Estação Marítima*. In questi casi, i terminal turistici sono all'interno della zona portuale organizzata, in aree *arrendadas* attraverso *licitação*, secondo i progetti di espansione previsti per la Coppa del Mondo FIFA 2014 e per le Olimpiadi di Rio de Janeiro del 2016.

Da considerare, infine, che l'art. 2, VII, della *Lei* prevede che la struttura portuale di turismo sia *explorada* mediante *arrendamento* o *autorização*. In questo caso, valgono dunque le regole generali trattate in precedenza.

3. Prospettive e criticità del nuovo quadro normativo brasiliano.

A poco più di due anni dall'entrata in vigore della nuova *Lei* è possibile fare un bilancio sui risultati che la stessa ha prodotto fino ad oggi, su quelli che si auspicano e sui punti di criticità emersi.

Come già annunciato, la riforma è stata dirompente per l'intero settore, il quale rappresenta oltre l'80% del valore delle esportazioni brasiliane²³¹, in un'area di 8.516.767 Km², con un'estensione di 8.511 km di litorale, ventisette Stati ed una popolazione di circa 202 milioni di abitanti, maggiore economia dell'America Latina e

²³¹ Dati relativi all'anno 2010. Si veda, *Tribunal de contas da União*, Portos Marítimos. Disponibile su: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/regulacao/areas_atuacao/transportes_aquaviarios/Publica%C3%A7%C3%B5es/Transporte%20Aquavi%C3%A1rio%20e%20Portos_Portos%20mar%C3%ADtimos_web.pdf.

settima maggiore economia mondiale²³², con un prodotto interno lordo stimato nel 2012 di circa 2,396 trilioni²³³.

Tuttavia, occorre svolgere un'indagine al fine di verificare se l'intervento legislativo abbia alterato significativamente il settore, sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo, in modo da giungere ad una conclusione circa i vantaggi e gli svantaggi dovuti ad una alterazione normativa di tale portata.

In via del tutto generale, alla luce dei meccanismi della *Legisitica Material*²³⁴ si può ragionevolmente sostenere che qualsiasi iniziativa legislativa, soprattutto in settori già ampiamente regolamentati, genera potenzialmente dei vantaggi sicuramente superiori ai costi dell'intervento stesso; in particolare, attraverso una analisi *ex post* è possibile determinare se, ed in quale misura, i benefici auspicati si siano effettivamente concretizzati, oltre ad essere in grado di analizzare se i costi stimati siano stati confermati²³⁵.

Nel caso specifico dei porti, si può ritenere che la previsione dei costi dell'intervento legislativo era, fin dall'inizio, alta, in primo luogo, per il mezzo utilizzato per introdurre la riforma, ovvero la Medida Provisória, essendo questa uno strumento legislativo eccezionale, immediatamente vigente e con forza di legge, riservato costituzionalmente alla regolamentazione di questioni di carattere rilevante ed urgente²³⁶. Pertanto, il suo utilizzo è sempre accompagnato da impliciti costi poli-

²³² Fonte: International monetary Fund, Word Economic Outlook Database, Aprile 2013. Dati disponibili anche in <http://www.ibge.gov.br>, censimento 2010 dell'IBGE, Istituto Brasiliano di Geografia e statistica.

²³³ Il trilione equivale a mille miliardi.

²³⁴ LOURES S.L., Neoconstitucionalismo e Produção legislativa: uma visão normativa do Direito e aplicação da Legística, http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/revistaSenatus/pdf/Senatus_Vol7.pdf, definisce la *Legística Material* come una nuova area di conoscenza. Sono più precisi nella definizione DELLEY J. D. e FLÜCKIGER A., *A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística*, in *Cadernos da Escola do legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n.14, p. 35-58, jan./dez. 2007, secondo i quali la legística è “*Uma metodologia da concepção da ação pública e de sua tradução normativa, que procura determinar as melhores modalidades de elaboração, de redação, de edição e de aplicação da norma*”. Ancora più precisa è SOARES F. M., *Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação*, in *Cadernos da Escola do legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n.14, p. 7-34, jan./dez. 2007, che definisce: “*Legística como saber jurídico que evolui com a necessidade de uma legislação mais eficaz (no sentido de estar mais atuante e disponível para a produção de efeitos), o desafio de compatibilizar o direito codificado com os reclames da sociedade, o questionamento da lei como instrumento exclusivo para consecução de mudanças sociais e a necessidade de democratizar o acesso aos textos legais*”.

²³⁵ Morales C. B., *Manual de Avaliação de Impacto Legislativo*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 23 e ss.

²³⁶ Art. 62 della *Constituição* del 1988: “*Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República*

tici determinati dalla necessità di svolgere un'ampia trattativa con la coalizione di governo nel Congresso, sempre riluttante alla legislazione emanata dall'esecutivo. Questo dato si può evincere, senza timore di smentita, dalle difficoltà sostenute per conseguire l'approvazione della Medida²³⁷.

In secondo luogo, un altro fattore che indica l'alto costo dell'intervento legislativo è la complessità delle norme da modificare; nel caso dei porti, si consideri che si è intervenuti integralmente, abrogando da un giorno all'altro la legislazione vigente dal 1993. Anche se i cambiamenti sostanziali, come si è visto, non sono stati quantitativamente così ampi, gli effetti sulla stabilità normativa non possono certo essere ignorati.

poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III - reservada a lei complementar; IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. § 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. § 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. § 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto”.

²³⁷ Si pensi che la Medida sui porti è stata approvata l'ultimo giorno utile, oltre il quale essa avrebbe perso validità, che frono presentati oltre 600 emendamenti nella Commissione Mista e che la votazione per la sua approvazione è stata la più lunga della storia della Camera dei Deputati brasiliana.

Ciò dimostra come ci si trovi davanti ad un costo elevato di intervento legislativo, che, affinché possa essere ritenuto efficiente, dal punto di vista dell'impatto normativo, dovrebbe produrre risultati molto significativi.

Per accertare se realmente questi costi siano compensati dai benefici conseguenti l'attuazione legislativa, cioè, se l'intervento sia stato efficace ed efficiente²³⁸, occorre verificare gli effetti pratici determinati dal nuovo quadro legislativo ed analizzare quali benefici ne siano derivati.

Partendo dai TUPs, ritenuti la novella più significativa della nuova normativa, i dati da prendere in considerazione per verificare l'efficacia legislativa, sono due: la quantità di carico movimentata e il numero di autorizzazioni riconosciute dopo l'entrata in vigore della *Lei*.

Sul primo punto, inizialmente, la crescita è stata relativamente modesta, infatti, i dati ufficiali riportano un aumento tra il primo trimestre del 2013 (già sotto la vigenza della MP n. 595/2012 ma prima dell'entrata in vigore della *Lei* n. 12.815/2013) e il primo trimestre del 2014 pari all'1% (contro un incremento pari al 4,6% nei Porti Organizzati)²³⁹.

Gli ultimi dati pubblicati, invece, sono alquanto significativi se si considera che nel primo trimestre del 2015 la quantità di merce movimentata nei TUPs è stata pari a 146,2 milioni di tonnellate di stazza lorda, con un incremento del 5,8% rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente.

Nella sua relazione trimestrale²⁴⁰, l'ANTAQ ha riportato gli incrementi più significativi del TUPs, in particolare, quello di Ilha Guaíba, che movimentava minerali di ferro, con una crescita del 52,6% ed un incremento di 3,7 milioni di tonnellate, quello di Almirante Barroso, che movimentava combustibili, con una crescita del 5,2% ed un incremento di 673 mila tonnellate e il Terminal Marítimo Ponta Ubu, fondamentale

²³⁸ CASTRO A. V. J., *Legística e Modelos de Avaliação Legislativa: uma proposta para o aprimoramento da produção normativa municipal de Belo Horizonte*, disponibile su: https://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/legistica_modelos.pdf.

²³⁹ Fonte: ANTAQ, *Boletim Informativo Portuário, primeiro trimestre de 2014*, disponibile su: <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/BoletimPortuario/BoletimPortuarioPrimeiroTrimestre2014.pdf>

²⁴⁰ Disponibile su: <http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/BoletimPortuario/BoletimPortuarioPrimeiroTrimestre2015.pdf>

per la movimentazione dei minerali di ferro, con una crescita del 41,9% ed un incremento di 1,8 milioni di tonnellate²⁴¹.

Pertanto, sotto questo primo profilo, si può sostenere come la modifica legislativa abbia avuto un impatto sicuramente positivo, stante la rilevante crescita avvenuta tra il primo trimestre del 2013 e lo stesso periodo del 2015.

L'altro aspetto che occorre approfondire, in ordine all'efficacia del nuovo assetto regolamentare, riguarda il numero di autorizzazioni riconosciute dopo l'introduzione dei TUPs. Anche in questo caso i dati sono positivi, infatti, si è passati dai 133 Terminal Privati autorizzati a movimentare carichi propri e di terzi²⁴² ai 146 nel 2014 ai 148 del 2015; dunque, l'incremento in soli due anni, è stato pressochè del 11,5%²⁴³. I dati per il futuro sono ancora più incoraggianti se si considera che, attualmente, vi sono 33 processi di annuncio pubblico in attesa di assegnare i relativi Terminal Portuali di Uso Privato per un totale di R\$ 11.001,90 milioni di investimenti²⁴⁴.

Riguardo ai Terminal Organizzati, invece, le aspettative non sono per il momento troppo positive, nonostante il quantitativo delle merci movimentate sia sensibilmente accresciuto dal 2013; infatti, nel primo trimestre del 2015 questi porti hanno movimentato 78,5 milioni di tonnellate di merce lorda, ovvero il 3,2% in più rispetto allo stesso periodo del 2014.

L'ANTAQ, nell'ultimo rapporto, ha preso in considerazione dieci porti: Santos, Itaguaí, Paranaguá, Suape, Itaquí, Rio Grande, Vila do Conde, São Francisco do Sul, Vitória, Aratu e altri porti. Tra questi, rilevano, in termini di crescita, il porto di Suape, con un incremento di 1,3 milioni di tonnellate di merci movimentate, rappresentando un aumento pari al 31,7% , e quello di Santos, con un incremento di 1,1 milione di tonnellate, con un aumento pari al 5,2%. Quest'ultimo ha mostrato, nel trimestre considerato, un segnale di ripresa, soprattutto in termini di movimentazione

²⁴¹ In particolare, nel primo trimestre del 2015, la movimentazione del 91,1% dei carichi nei terminal privati ha riguardato essenzialmente dieci tipi di merci: farina di soia, legno, cellulosa, carbone minerale, bauxite, soia, mais, prodotti siderurgici, combustibili e minerali di ferro; nello specifico, la movimentazione dei minerali di ferro, dei combustibili e degli oli minerali riguarda approssimativamente il 73,4% dei carichi totali movimentati nel trimestre considerato (dati del 15 maggio 2015).

²⁴² ANTAQ, Resolução n. 2.969, del 4 giugno 2013 (anexo). Disponibile su: http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Classificacao_PortosPublicos_TUPs_EstacoesTransbordoCargas.pdf.

²⁴³ Dati disponibili su: http://www.antaq.gov.br/Portal/Portos_TUP.asp

²⁴⁴ Allo stato vi sono altresì 13 stazioni di Transbordo di Carico in attesa di assegnazione ed 1 Installazione Portuale Turistica.

dei containers, che è aumentata del 17,9%, e del combustibile, accresciuto del 46,1%. Il porto di Suape, invece, ha visto crescere la movimentazione dei carichi di combustibile, con un incremento pari all'1,3% milioni di tonnellate, se comparate allo stesso periodo dell'anno precedente, con un significativo aumento del 66,2%.

Le principali merci movimentate nei Porti Organizzati sono: prodotti chimici organici, prodotti siderurgici, farina di soia, grano, mais, concimi fertilizzanti, zucchero, soia, combustibili e minerali di ferro. Tra questi, tuttavia, solo due hanno un ruolo significativo nella movimentazione, ovvero, i prodotti chimici organici ed i prodotti siderurgici.

Inoltre, la movimentazione di containers da parte dei Porti Organizzati, nel primo trimestre del 2015, è aumentata dello 0,5%, riconoscendo il porto di Santos come quello maggiormente produttivo, con un aumento del 10,5% nella comparazione trimestrale ed un incremento di 70,7 milioni di TEUs.

Se per i Porti Organizzati l'aumento di movimentazione è in costante crescita, rispondendo in maniera positiva alle aspettative del nuovo quadro normativo, lo stesso non si può dire per l'altro indicatore utile ai fini della efficacia della nuova regolamentazione, ovvero al numero di *licitações* per arrendamento pubblicate.

Il dato, infatti, è pari a zero; così, all'attualità, i Porti Organizzati continuano ad essere 34.

Come si è detto, al fine di aumentare la concorrenza tra operatori portuali delle aree organizzate, la nuova *Lei* ha modificato i criteri di giudizio nell'ambito della *licitação*, che ora tengono conto dell'efficienza dell'operatore, della maggiore capacità di movimentazione delle merci e della minor tariffa applicata, mentre in passato, vinceva la *licitação* chi presentava la miglior proposta per mezzo della quale si offriva il pagamento di un prezzo maggiore al Poder Concedente.

Il problema è sorto per i bandi di *licitações* pubblicati all'indomani dell'introduzione della nuova legge, che sono stati oggetto di esame parte del Tribunal de Contas dell'*União*.

Il motivo si rinviene nell'*Instrução Normativa* n. 27 del 2 dicembre 1998, la quale stabilisce un rigido sistema di controllo da parte della *Corte de Contas* sulle *licitações* dei beni pubblici; in particolare, secondo l'art. 7, sono quattro gli stadi di con-

trollo, che vanno dagli studi preliminari all'elaborazione del bando fino alla effettiva conclusione del contratto²⁴⁵.

Nonostante l'art. 9 della stessa *Instrução* preveda che l'analisi da parte dell'area tecnica del Tribunal debba svolgersi nel tempo massimo di trenta giorni utili, tale termine non viene quasi mai rispettato, dilatando di molto il lasso temporale di cui sopra, tanto che, come si è accennato in precedenza, i processi relativi all'istruzione delle prime *licitações* pubblicate dopo l'entrata in vigore della *Lei* si sono appena concluse.

In pratica, gli studi di viabilità tecnico-economica (EVTEs) per l'*arrendamento* delle strutture nelle aree dei Porti Organizzati presentavano difetti e possibili irregolarità, portando così il TCU a sospendere i procedimenti *licitatórios*, fino alla riso-

²⁴⁵ Art. 7 dell'*Instrução Normativa* n. 27 del 2 dicembre 1998: “*A fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos será prévia ou concomitante, devendo ser realizada nos estágios a seguir relacionados, mediante análise dos respectivos documentos:*
I - primeiro estágio: a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados; b) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver; c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental. II – segundo estágio: a) edital de pré-qualificação; b) atas de abertura e de encerramento da pré-qualificação; c) relatório de julgamento da pré-qualificação; d) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à pré qualificação; e) edital de licitação; f) minuta de contrato; g) todas as comunicações e esclarecimentos porventura encaminhados às empresas participantes da licitação, bem como as impugnações ao edital, acompanhadas das respectivas respostas. III – terceiro estágio: a) atas de abertura e de encerramento da habilitação; b) relatório de julgamento da habilitação; c) questionamentos das licitantes sobre a fase de habilitação, eventuais recursos interpostos, acompanhados das respostas e decisões respectivas; d) atas de abertura e de encerramento da fase do julgamento das propostas; e) relatórios de julgamentos e outros que venham a ser produzidos; f) recursos eventualmente interpostos e decisões proferidas referentes à fase do julgamento das propostas. IV – quarto estágio: a) ato de outorga; b) contrato de concessão ou de permissão. § 1o Nos casos em que expressivo número de direitos de outorga de um mesmo serviço, com procedimentos uniformes e editais padronizados, for licitado simultaneamente, o Relator poderá autorizar, de acordo com os pareceres, a utilização de técnicas de amostragem e outros procedimentos simplificados com o objetivo de selecionar as outorgas que deverão ser examinadas individualmente nos estágios previstos neste artigo, dispensando-se o exame das demais. § 2o Os procedimentos de que trata o parágrafo anterior não dispensarão o envio, nos respectivos prazos, da documentação prevista neste artigo, salvo se assim determinado pelo Relator”.

luzione di alcune problematiche²⁴⁶, come ad esempio quelle relative ai criteri utilizzati per la scelta della Estruturadora Brasileira de Portos (EBP), impresa privata, che nel marzo del 2013, con la Portaria SEP/PR n. 38, è stata autorizzata a sviluppare progetti e/o studi di viabilità tecnica, economica, ambientale ed operativa, nonché indagini e ricerche sui nuovi contratti di *arrendamentos* dei terminal portuali.

Nonostante queste problematiche, l'obiettivo del Governo Federale resta quello di promuovere gli *arrendamentos* delle aree dei Porti Organizzati, modernizzare l'infrastruttura, al fine di sostenere ed accrescere la movimentazione dei carichi; per il periodo 2012-2030 il Governo ha progettato un aumento del 150% della movimentazione totale, con un incremento annuo del 5,7%, aumentando la capacità a 219 milioni di tonnellate di carichi movimentati all'anno.

In particolare, secondo i dati ANTAQ aggiornati al mese di febbraio del 2015, il Governo brasiliano ha offerto un totale di 85 aree per l'*arrendamentos* dei Porti Organizzati, per un totale di investimenti pari a R\$ 13,8 milioni, divisi in quattro blocchi: il primo, comprende i porti di Belém, Santarém, Vila do Conte e Santos, con 29 *arrendamentos* per investimenti pari a R\$ 4, 7 milioni, il secondo riguarda i porti di Paranaguá, Salvador, São Sebastião e Aratu, con 16 *arrendamentos* per investimenti pari a R\$ 3,9 milioni, il terzo comprende i porti di Suape, Recife, Cabedelo, Fortale-

²⁴⁶ Il Tribunal de Contas dell'União ha pubblicato nella pagina http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/regulacao/areas_atuacao/transportes_aquaviarios/Publica%C3%A7%C3%B5es/Transporte%20Aquavi%C3%A1rio%20e%20Portos_Arrendamento%20portu%C3%A1rio1.pdf, un riassunto sulle problematiche più comuni ai bandi di Arrendamentos Operacionais de Áreas e Instalações Portuárias: “(...) *ausência de fundamentação e de indicação da origem dos dados utilizados nos estudos de viabilidade econômico-financeira; utilização da média simples de movimentações passadas para a projeção da taxa de crescimento de movimentação de cargas futuras; cálculo do custo médio ponderado de capital com valores desatualizados; remuneração dos arrendamentos fixada sem considerar a natureza da carga movimentada, o que gera distorções e ineficiências decorrentes da cobrança de valores uniformes em relação a serviços diferenciados; ausência de estudos e de avaliações quanto ao risco de concentração de mercado nos portos, em decorrência das áreas arrendadas; ausência de estudos de mecanismos para incentivar a concorrência nos processos de arrendamentos; ausência de avaliação patrimonial dos bens reversíveis e de apresentação da fonte de dados dos valores considerados; editais e minutas de contrato não obedecem a todos os dispositivos da Lei no 8.666/1993, da Lei no 8.630/1993, do Decreto no 6.620/2008 e da Resolução Antaq no 55/2002. Nesse sentido, verificaram-se incorreções quanto ao cálculo de índices econômico-financeiros para habilitação de licitantes e a ausência de diversas exigências legais e normativas, como as relacionadas: à qualidade do serviço a ser prestado, às obrigações das arrendatárias, às condições a serem exigidas para prorrogação dos contratos a serem firmados e às disposições relativas a possibilidade de ampliação de áreas”.*

za, Itaquí, Macapá e Maceió, con 22 *arrendamentos* per investimenti pari a R\$ 3,3 milioni. Infine, per il quarto blocco, sono state definite *licitações* per i porti di Manaus, Itajaí, Niterói, Imbituba, Itaguaí, Rio Grande, S. Francisco do Sul, Rio de Janeiro, Porto Alegre e Vitória, per 18 *arrendamentos* con un totale di R\$ 1,9 milioni di investimenti.

Da quanto illustrato, appare evidente come la nuova *Lei* stia esplicitando in modo positivo gli effetti per i quali è stata emanata, primo fra tutti la crescita del Paese, mediante il processo di modernizzazione e ottimizzazione delle infrastrutture portuali.

Tuttavia, occorre segnalare come vi siano ancora delle questioni, anche molto importanti, che necessitano una definizione.

Dal punto di vista giuridico, una delle problematiche più rilevanti riguarda la variabilità dei contratti pubblici, soprattutto per la prerogativa di modifiche unilaterali riconosciuta all'Amministrazione Pubblica. Considerando che tale prerogativa ha come scopo principale quello di assicurare una più semplice capacità di adattamento dei contratti alle modifiche legislative, nell'esclusivo interesse pubblico, il suo utilizzo è stato abbastanza comune per le concessioni del servizio pubblico, a seguito dei cambiamenti introdotti dal nuovo quadro legislativo.

Come garanzia a quanto già oggetto di contratto, esiste il dovere del contraente/concedente di favorire la revisione del contratto ogni qualvolta le modifiche delle norme possano incidere sull'equilibrio economico e finanziario originario.

Nonostante la nuova *Lei* non sia esplicita sulla necessità di adeguamento dei contratti di *arrendamentos* con la nuova legislazione, è importante considerare che tale adeguamento è così inerente al tipo di relazione giuridica stabilita, che l'omissione rappresenta l'osservanza della regola di adattamento.

Per quanto riguarda i terminal privati, invece, la *Lei* ha espressamente stabilito la necessità di adattamento alle nuove regole, conferendo all'ANTAQ il dovere di promuovere le misure necessarie nel termine di un anno dalla pubblicazione della nuova normativa. Così, infatti, dispone l'art. 58 della *Lei*: “*Os termos de autorização e os contratos de adesão em vigor deverão ser adaptados ao disposto nesta Lei, em especial ao previsto nos §§1º a 4º do art. 8º, independentemente de chamada pública ou processo seletivo. Parágrafo único. A Antaq deverá promover a adaptação de que trata o caput no prazo de 1 (um) ano, contado da data de publicação desta Lei*”.

In questo caso, la problematica riguarda senza dubbio l'incertezza giuridica che può

derivare dalla modifica di tali contratti, le cui variazioni possono sempre condurre ad eventuali controversie. A titolo esemplificativo, si pensi ai terminal privati di uso esclusivo, creati al solo fine di movimentare carichi propri; secondo il testo della legge, essi non fanno eccezione al nuovo quadro normativo e, di conseguenza, si devono applicare una serie di regole che limiteranno fortemente la libera iniziativa nella gestione del proprio patrimonio, la quale invece possiede una rigida tutela costituzionale. Inoltre, se in origine tali imprenditori dovevano preoccuparsi semplicemente di movimentare le proprie merci, l'assoggettamento alle nuove regole si contrappone alla natura stessa di tali installazioni, specialmente nel caso in cui venga imposto l'obbligo di movimentare carichi di terzi.

In questo caso ed anche in ipotesi meno drastiche, appare evidente come l'applicazione delle nuove regole dovrà essere esaminata senza perdere di vista non solo la questione del diritto acquisito, ma anche altri principi, primo fra tutti quello della certezza del diritto; come ha affermato un'autorevole la dottrina brasiliana: *“A revisão radical de determinados modelos jurídicos ou a adoção de novos sistemas ou modelos suscita indagações relevantes no contexto da segurança jurídica. A ideia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição non casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico”*²⁴⁷.

4. Il Brasile e le politiche del Mercosur.

Lo scenario brasiliano, sia esso portuale o relativo ad altri settori del diritto o dell'economia, non può prescindere, almeno teoricamente, da un'analisi con i Paesi aderenti al Mercosur, il mercato comune dell'America Latina, cui fanno parte, in qualità di Stati membri, oltre al Brasile, l'Argentina, l'Uruguay e il Venezuela e, come associati, la Bolivia, il Cile, il Perù, la Colombia e l'Ecuador, mentre il Paraguay è stato sospeso nel 2012.

L'organizzazione è stata istituita con il Trattato di Asunción, firmato il 26 marzo 1991 tra l'Argentina, il Brasile, il Paraguay e l'Uruguay, con l'obiettivo di creare il mercato comune del sud e porre le fondamenta di quella che sarebbe divenuta la più

²⁴⁷ FERREIRA G. M., *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 538

importante organizzazione economica sudamericana, anche se la vera e propria architettura istituzionale del mercato comune è divenuta effettiva solo nel 1995, dopo la stipula del Protocollo di Ouro Preto, quando gli Stati fondatori hanno istituito gli organi direttivi del Mercosur²⁴⁸ e lo hanno dotato di personalità giuridica internazionale.

La creazione del mercato comune mirava, in particolare, a riformulare gli interessi strategici dei paesi del “Cono del Sud”, in un contesto internazionale in trasformazione²⁴⁹, volto ad oltrepassare quelli che erano i meri aspetti commerciali per arrivare a creare fitte reti sociali transfrontaliere.

In effetti, la cooperazione economica dei Paesi fondatori del Mercosur, segnata-

²⁴⁸ La struttura istituzionale del Mercosur è composta dai seguenti organi: (i) il Consiglio del Mercato Comune (CMC), che è il più importante organismo decisionale del Mercosur. Ha la responsabilità per la conduzione della politica del processo di integrazione, nonché la responsabilità dell'esecuzione degli obiettivi definiti nel Trattato di Asunción. Inoltre, ha il compito di assicurare l'attuazione dei programmi necessari per la realizzazione del mercato comune. Il Consiglio è composto dai Ministri degli Affari Esteri e dell'Economia e delibera tramite Decisioni che vengono adottate all'unanimità e sono vincolanti per gli Stati Membri; (ii) il Gruppo del Mercato Comune (GMC), che è l'organo esecutivo, che trasforma le decisioni assunte del Consiglio in Risoluzioni operative. È composto da quattro membri permanenti e da quattro supplenti per ogni Stato Membro, che rappresentano i seguenti organismi pubblici: il Ministro degli Affari Esteri, il Ministro dell'Economia (o equivalente) e la Banca Centrale. Il coordinamento è affidato ai Ministri degli Affari Esteri degli Stati Membri. Il Gruppo del Mercato Comune si riunisce almeno una volta a trimestre in uno degli Stati membri, adottando il criterio di rotazione alfabetica e le risoluzioni sono adottate all'unanimità; (iii) il Foro Consultivo Economico e Sociale, che è l'organo di carattere consultivo e rappresentativo dei settori economici e sociali ed è costituito da un numero equivalente tra imprenditori e lavoratori, i quali rappresentano gli Stati appartenenti. La sua funzione è meramente consultiva. (iv) La Commissione del Commercio del Mercosur (CCM), che ha il compito di *garantire l'applicazione degli strumenti di politica commerciale comune concordati dagli Stati Membri per il funzionamento dell'unione doganale e di effettuare il monitoraggio e la revisione dei temi e delle materie relazionate alle politiche commerciali comuni, con il commercio interno del Mercosur e con Paesi terzi*. La Commissione adotta le proprie deliberazioni tramite Direttive e Proposte. Solo le prime sono vincolanti per gli Stati Membri; (v) La Commissione Parlamentare Congiunta è stata, fino all'anno 2005, l'organo rappresentativo dei parlamenti degli Stati Membri, costituito da una rappresentanza di parlamentari nazionali in egual numero. Successivamente è divenuta Parlamento del Mercosur; (vi) La Segreteria Amministrativa del Mercosur, che ha il compito di diffondere le norme adottate nell'ambito Mercosur. Ha altresì la funzione di informare gli Stati Membri sulle misure adottate da ciascuno di essi al fine di recepire, nei rispettivi ordinamenti giuridici, le norme emanate nell'ambito dell'Organizzazione stessa. Sull'organizzazione del Mercosur si vedano BERGAMASCHINE MATA DIZ J., *Mercosur: Origen, Fundamentos, Normas y Perspectivas*, Jurua Editora, Curitiba, 2007; DI PIETRO P., *La dimensione social del Mercosur*, in *Rev. Observatorio Social*, B.A., 2003, n. 12; FRAGA ARAÚJO E. H. - FLORÊNCIO A. S. L., *Mercosul hoje*, São Paulo, Alfa Omega, 1996.

²⁴⁹ VIGEVANI T. – RAMANZINI H., *The Impact of Domestic Politics and International Changes on the Brazilian Perception of Regional Integration*, in *Latin American Politics and Society*, 2011, p. 51.

mente quella tra Argentina e Brasile, più che al solo libero scambio, mirava alla graduale creazione di uno spazio economico comune, basato su ragioni strategiche e politiche, cui doveva accompagnarsi la stabilizzazione delle variabili macroeconomiche e la modernizzazione delle strutture produttive interne²⁵⁰.

In questo contesto, il Brasile assegnava al Mercosur tre compiti: (i) porre le basi per creare un'area di libero scambio che doveva intensificare la cooperazione con la sua principale e tradizionale concorrente, la vicina Argentina, evitando che finisse completamente nell'orbita statunitense; (ii) contrastare il piano Bush per la creazione di un'area di scambio per l'intero emisfero; (iii) creare un interlocutore collettivo con carattere istituzionale per negoziare alla pari con l'Unione Europea. Rinsaldando l'asse transatlantico, il Brasile avrebbe così accresciuto la propria autonomia rispetto a Washington²⁵¹.

Da rilevare, peraltro, che il sistema edificato, il quale non ammette il trasferimento di sovranità degli Stati alla Comunità del Mercosur, è quello proposto dal Brasile nel 1993, quando, in attuazione della Risoluzione n. 7/93 del GMC, fu creato un gruppo per lo studio degli aspetti istituzionali del cosiddetto "nuovo Mercosur"²⁵² ed il Brasile propendeva per un organismo intergovernativo e non sovranazionale, nel quale gli Stati continuassero a dettare le regole dei processi di integrazione, perseguendo gli obiettivi previsti nel Trattato di Asunción attraverso un'ampia condivisione degli accordi stipulati su iniziativa bilaterale o multilaterale.

Attualmente, la cooperazione economica fra gli Stati del Mercosur è l'unica forma compatibile con la volontà politica degli Stati Membri, che faticano a trovare una formula più adeguata per portare avanti il processo di integrazione, inteso come percorso dinamico che conduca ad una coesione sempre più ampia in ogni ambito della cooperazione.

Sostanzialmente, la mancanza di strutture sovranazionali rappresenta il problema

²⁵⁰ Espressione usata da SIDERI S., *Il Brasile e gli altri. Nuovi equilibri della geopolitica*, disponibile su www.volume_brasile.pdf

²⁵¹ RODRIGUEZ I.A.I., *La Asociación Estratégica UE-Brazil. Retórica y Pragmatismo en las Relaciones Euro-Brasileñas* (vol I), Madrid, CEU Ediciones, Serie Unión Europea no. 36, 2010, p. 29.

²⁵² L'Argentina, invece, era propensa alla creazione di un ordinamento giuridico autonomo sovranazionale, secondo il modello europeo, le cui norme avrebbero avuto diretta efficacia negli ordinamenti degli Stati Membri, grazie all'adozione di un sistema gerarchico delle fonti e della supremazia del diritto del Mercosur nei confronti delle norme nazionali (tale posizione fu appoggiata anche da Paraguay e Uruguay).

di fondo del del Mercosur, tanto da compromettere persino la natura stessa del progetto di integrazione, e cioè la creazione di un mercato comune.

Verosimilmente, la scelta di dotare il Mercosur di tale natura giuridica trae origine nelle premesse storiche dell'integrazione sudamericana, basate sulla volontà dei Paesi membri di mantenere la sovranità individuale conquistata dopo anni di colonizzazione europea e di regimi dittatoriali.

Peraltro, dalla decisione di utilizzare un siffatto sistema, ne discende che l'attuazione delle normative emanate in sede di Mercosur dipende dalla volontà politica di ciascuno Stato membro, in quanto le decisioni adottate dal Mercato comune sono sprovviste di efficacia diretta e la loro applicazione dipende necessariamente dal valore di norma interna che ciascuno Stato gli attribuisce effettivamente.

Pertanto, uno dei grossi problemi legati all'integrazione regionale²⁵³ riguarda le diversità esistenti a livello costituzionale tra i Paesi membri del Mercosur, in cui si riscontra una profonda differenza nel ruolo assegnato alle norme del Mercato comune nel sistema nazionale delle fonti di diritto²⁵⁴.

A fronte dell'obbligo, per ogni Stato, di adempiere ai doveri che discendono dall'adesione dei Trattati, la dottrina sudamericana ha più volte sottolineato la mancanza di un meccanismo agile e trasparente finalizzato a recepire le norme del Mercosur nei singoli sistemi nazionali, garantendone la supremazia gerarchica di fonti del diritto²⁵⁵.

In effetti, da una disamina dei precetti costituzionali dei Paesi membri, si evince tale asimmetria nei sistemi nazionali delle fonti del diritto: così, l'art. 75 della Costituzione Argentina, riformata nel 1994, prevede che i Trattati hanno valenza gerarchica superiore alla legge ordinaria, ammettendo la formulazione da parte del *Congreso* di Trattati di integrazione che deleghino competente a organizzazioni sovran-

²⁵³ Un interessante studio sui "regionalismi" è stato effettuato da PANEBIANCO M., *Rapporti Unione Europea-Unisur-Mercosur*, in *La protezione dell'ambiente e la collaborazione fra Unione Europea e il Mercosur* (a cura di FOIS P.), 2011, p. 14 ss, ove l'A. parla in particolare di "biregionalismo" comunicativo euro-sudamericano.

²⁵⁴ Si veda, a tal proposito, OLAVO BAPTISTA L., *Mercosur – Suas instituições y ordinamento jurídico*, São Paulo, RTL, 1998, p. 45 ss, secondo il quale alle differenze a livello costituzionale si devono aggiungere anche quelle operanti sul piano del diritto sostanziale, causate dai numerosi accordi bilaterali approvati dagli Stati. Peraltro, anche il mancato recepimento di una raccomandazione CMC da parte di uno Stato membro rappresenta un ulteriore squilibrio nel già precario diritto comunitario regionale e, altresì, un'incertezza giuridica sugli obblighi dei privati nascenti da tale normativa.

²⁵⁵ PENA C. – ROZEMBERG, *Uma Aproximación al desarrollo institucional del Mercosur: sus fortalezas y debilidades*, Bid-Intal, B.A., 2005, p. 18.

zionali²⁵⁶.

Anche la Costituzione del Paraguay del 1992, agli artt. 137 e ss, subordinando la legge ai Trattati, ammette la creazione di un ordine giuridico sovranazionale²⁵⁷.

Contrariamente a queste ultime, le Costituzioni del Brasile e dell'Uruguay non prevedono la superiorità gerarchica dei Trattati rispetto alle leggi nazionali, anche se sono previste norme che promuovono l'integrazione regionale; pertanto, per un verso, non vi sono ostacoli alla possibilità di riconoscere norme sovranazionali all'interno dei rispettivi ordinamenti giuridici e, per altro verso, non viene data alcuna soluzione al conflitto in parola²⁵⁸.

Pertanto, il diritto originario, ovvero le norme fondanti il Mercosur, è stato introdotto attraverso gli accordi internazionali adottati in attuazione del Trattato di Asunción e, come appena visto, l'effettiva entrata in vigore è stata rimessa ai singoli Stati membri; viceversa, per quanto concerne il diritto derivato, il quale consiste nelle norme emanate dagli organi del Mercosur²⁵⁹, anche se in ordine alla vigenza, esse non possiedono alcuna efficacia diretta negli ordinamenti degli Stati membri, essendo comunque subordinate all'approvazione da parte degli organi nazionali competenti.

Di conseguenza, l'attuazione delle normative del Mercosur dipende dalla volontà politica di ciascuno Stato membro, che, di fatto, ha sin'ora reso difficile l'armonizzazione delle regole in generale, tanto che non possono considerarsi in al-

²⁵⁶ Così dispone il comma 24 dell'Art. 75 della Costituzione Argentina: “*Corresponde al Congreso (...) 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara (...)*”.

²⁵⁷ CAIROLI MARTINEZ M. H., *Derecho Constitucional y procesos de integración*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003, reperibile su www.juridicas.unam.mx, p. 451 ss.

²⁵⁸ A tal proposito, la dottrina ha sostenuto che le differenze tra gli Stati membri sarebbero potute essere superate con un'interpretazione evolutiva dei precetti costituzionali, senza la necessità di modificare gli impianti fondamentali del Brasile e dell'Uruguay. Si veda, in questo senso, DA PADUA FERNANDES B. A. - MENICUCCI FIGUEIREDO C., *O Poder Judiciário y a Integração Internacional: o caso do Mercosur*, in *Mercosur – Forum de Debates*, 2001.

²⁵⁹ Così dispone l'art. 38 del protocollo di Ouro Preto. Inoltre, l'art. 42 dello stesso protocollo stabilisce che “*Le norme emanate dagli organi del Mercosur avranno carattere obbligatorio e, qualora fosse necessario, dovranno essere incorporate negli ordinamenti giuridici nazionali mediante i procedimenti previsti dalle legislazioni di ogni Paese*”.

cun modo raggiunti gli obiettivi auspicati dal Trattato, posto che, a distanza di venti anni dalla sua creazione, il Mercato comune sudamericano rimane ancora incompiuto²⁶⁰.

Inoltre, si deve considerare come il Mercosur sia interessato da contraddizioni interne difficilmente risolvibili, insorte tra le dirigenze di Brasile e Argentina che, pur essendo stati i maggiori promotori della convergenza sudamericana e della nascita del mercato comune, attuano politiche volte a mantenere e a far valere la propria supremazia politica ed economica su Uruguay e Paraguay, nonché sugli stati associati.

Tra il Brasile e l'Argentina, poi, i rapporti sono stati altalenanti a causa della costante rivalità per l'egemonia regionale e del timore che il primo ha sempre suscitato nella seconda.

Si tenga presente inoltre che il Brasile, come sottolineato nella parte introduttiva, non rappresenta più solo un Paese leader a livello regionale, ma aspira ad un ruolo internazionale (infatti, insieme a Russia, India e Cina fa parte del gruppo dei Paesi Brics), che relega l'Argentina ad un ruolo secondario, non avendo quest'ultima un'economia in grado di tenere il passo della crescita brasiliana.

Peraltro, il Brasile ha recentemente mostrato un forte interesse per un accordo di libero scambio con l'Unione Europea, che secondo le prime stime dovrebbe valere circa 80 miliardi di dollari di commercio bilaterale, dato questo che nel 2011 ha rappresentato il 37% degli scambi di tutta l'America latina con Bruxelles.

Pertanto, i prossimi anni saranno importanti per comprendere quale ruolo avrà il Mercosur sia per il Brasile sia per il contesto continentale: ovvero, se diverrà un nucleo regionale che ha avviato un effettivo processo di integrazione politica ed economica, oppure se resterà un progetto perennemente in fase embrionale. In questo contesto, il Brasile assumerà un ruolo fondamentale, dovendo decidere se fare da traino agli altri Paesi del Mercosur, condividendo con loro la propria crescita economica, o se avere un ruolo di leadership a livello mondiale, continuando a mantenere la propria sovranità.

E nella decisione assumerà un ruolo determinante anche il risultato che, a lungo termine, darà la riforma del sistema portuale al Brasile.

²⁶⁰ Da segnalarsi, sotto il profilo economico, che il Mercosur ha comunque raggiunto importanti obiettivi, primo fra tutti quello della libera circolazione dei beni, avvenuto con l'approvazione, nel 1994, della Tariffa Estera Comune (TEC), implementando così l'unione doganale tra gli Stati Membri.

IL SISTEMA PORTUALE EUROPEO ED ITALIANO

1. La politica portuale comunitaria dei porti dell'Unione Europea.

Non è possibile parlare del sistema portuale italiano senza prima svolgere un'analisi sulla politica portuale comunitaria dei porti dell'Unione Europea.

In ordine a ciò, occorre innanzitutto precisare che in dottrina si è discusso se dal punto di vista dei rapporti fra diritto comunitario e diritto nazionale fosse più corretto parlare di politica portuale comunitaria o di politica portuale comune, in quanto il Trattato sull'Unione Europea (TUE) e quello sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) generano confusione, poiché talvolta parlano di *politiche comuni* e talvolta di *politiche comunitarie o europee*. Ad esempio, l'art. 23 ss. del TUE si riferisce alla *Politica estera e di sicurezza comune*, l'art. 38 ss. del TFUE alla *Politica comune dell'agricoltura e della pesca* e alla *Politica comune dei trasporti*, mentre in altri casi i suddetti Trattati parlano soltanto di politiche e azioni interne dell'Unione, come nell'art. 26 del TFUE relativo alle disposizioni sul mercato interno, nell'art. 28 TFUE sulla libera circolazione di merci, capitali e servizi e nell'art. 101 TFUE sulle regole di concorrenza. Fa chiarezza sul punto Vezzoso, le cui osservazione si ritengono assolutamente condivisibili: *“la differenza fra politiche dell'Unione e politiche comuni non può coincidere, come si potrebbe supporre a prima vista, con quella fra competenze esclusive dell'Unione e competenze concorrenti con quelle degli stati, sancita dall'art. 2 del TFUE, nel senso che soltanto per le prime si potrebbe parlare di politiche dell'Unione. Ad esempio, la politica agricola comune e la politica comune dei trasporti, aspetti di fondamentale importanza, sono esplicitamente inserite nei casi di competenza concorrente, mentre la competenza esclusiva è chiaramente attribuita alle misure a tutela della concorrenza. Non sembra perciò possibile istituire una gerarchia di importanza, attribuendo un rango superiore alle politiche dell'Unione rispetto alle politiche comuni. Una soluzione ragionevole del problema può essere a mio parere trovata nel senso che le politiche comuni richiedono una complessa opera di aggiustamento delle legislazioni e delle regolamentazioni nazio-*

*nali, e quindi una più spinta collaborazione degli stati membri alla loro elaborazione e alle loro disposizioni di attuazione, mentre le politiche comunitarie, o dell'Unione Europea, possono sempre comportare un adattamento delle normative nazionali per tenere conto dei principi espressi, senza però richiedere che le normative nazionali siano livellate, o quanto meno coordinate strettamente*²⁶¹.

Fatta questa precisazione d'obbligo, va chiarito che, ad oggi, la regolamentazione e l'assetto istituzionale delle infrastrutture portuali sono tutt'altro che uniformi nei Paesi membri dell'Unione Europea. Infatti, se da una parte, vi è una consistente e completa serie di indicazioni di carattere normativo provenienti dalla sfera comunitaria, idonee a configurare un vero e proprio *acquis communautaire* della disciplina portuale europea, rappresentate in primo luogo dalle disposizioni del Trattato CE, quali l'art. 49 sulla libertà di prestazione dei servizi, gli artt. 81 e 82 in materia di concorrenza e l'art. 86 sulla disciplina giuridica delle imprese pubbliche o titolari di diritti esclusivi o speciali, nonché dalla rilevante giurisprudenza della Corte di Giustizia, dall'altra, invece, manca ancora oggi una normativa in grado di armonizzare il settore portuale europeo, rivolta a dettare norme comuni per l'accesso al mercato dei servizi portuali nella Comunità europea²⁶², nonostante i tentativi iniziati fin dalla seconda metà degli anni '90 e formalizzati con la pubblicazione nel 1997 del *Libro Verde sui porti e sulle infrastrutture marittime*²⁶³ e nel 1998 del *Libro bianco sull'equa tariffazione delle infrastrutture del trasporto*²⁶⁴.

Entrambi i documenti, aventi mero valore di proposta, presentavano un'analisi del settore con particolare attenzione, da parte del primo, dei problemi inerenti la concorrenza fra gli scali e, da parte del secondo, delle tasse portuali e dell'organizzazione del mercato con l'obiettivo di realizzare una corretta concorrenza tra i porti. In particolare, per assicurare questa e per evitare situazioni di sovracapacità portuale, il

²⁶¹ VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, in Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente, Vol. XIII, 2015, p. 255 ss. L'argomento è stato trattato anche da ZANGHI', *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 334, il quale ritiene che la differenza tra politiche comuni e politiche comunitarie sia, per il momento, una disquisizione semantica prima di effetti immediati, in quanto la differenza tra le due ipotesi potrà emergere solo a seguito delle misure concrete che saranno adottate nei diversi casi e, in ogni caso, secondo l'Autore, le politiche comuni dovrebbero essere qualcosa di diverso da una semplice politica.

²⁶² CARBONE S. M., MUNARI F., *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, 2006, p. 32 ss.

²⁶³ Com(97)678 def. del 10 dicembre 1997.

²⁶⁴ Com(97)678 def. del 27 luglio 1998.

Libro bianco affermava l'esigenza che gli investimenti portuali dovessero essere *demand driven*, ovvero sopportati dagli effettivi fruitori delle opere realizzate, secondo il principio "chi usa paga"²⁶⁵.

Queste idee furono riproposte in due progetti di direttive presentate dalla Commissione, ma respinte dal Parlamento Europeo poiché non adatte a disciplinare la concorrenza tra i porti marittimi e quella interna agli stessi²⁶⁶.

In effetti, nelle iniziative della Commissione erano presenti numerose criticità, prima fra tutte una visione troppo astratta ed ideologica del settore, che portava ad una errata valutazione delle attività portuali, sia sotto il profilo giuridico che economico e sociale; uno dei maggiori errori fu quello di inquadrare i servizi svolti in ambito portuale sotto un'unica categoria, considerandoli attività commerciali *tout court*. Altro errore fu quello di prevedere un mercato accessibile a tutti gli operatori potenzialmente interessati, nel tentativo di imporre una *governance* dirigista sul settore da parte delle Istituzioni comunitarie, in palese violazione del principio di sussidiarietà enunciato nell'art. 5 del TCE; un altro punto di debolezza risiedeva nell'aver preso in considerazione ed aver mutuato, quale modello di riferimento, quello del settore aeroportuale, senza prendere in considerazione il fatto che quest'ultimo è storicamente caratterizzato dall'esistenza di mercati nazionali dominati dalle compagnie di bandiera, che precludevano agli operatori stranieri sia l'accesso diretto agli aeroporti statali, per via del considerevole numero di slot detenuto e non sempre esercitato, sia ai servizi di assistenza a terra, in ragione dei rapporti preferenziali creati con gli *handlers*. In ambito portuale, invece, i monopoli eventualmente sussistenti non sono idonei ad ostacolare l'accesso alle infrastrutture, in quanto gli operatori marittimi hanno comunque un'ampia scelta sugli scali da privilegiare rispetto alle proprie esigenze e alla propria linea. Pertanto, imporre come obiettivo primario la garanzia del libero accesso al mercato dei servizi portuali, come sostenuto da entrambe le direttive, ma in particolar modo dalla seconda, sarebbe erroneo, in quanto le necessità della portualità europea non erano né nella mancanza di libero utilizzo delle infrastrutture portuali né tantomeno nell'impedimento alla libera concorrenza, essendoci validi strumenti a

²⁶⁵ VEZZOSO G., *Il progetto di direttiva comunitaria sull'accesso ai servizi portuali*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Fase. 3/2001, pp. 563- 586.

²⁶⁶ Il primo progetto di Direttiva, del 13 febbraio 2001, fu respinto dal Parlamento Europeo in seconda lettura nel novembre del 2003, mentre il secondo fu presentato nel settembre 2004 e bocciato in prima lettura nel gennaio del 2006.

garanzia della stessa, tra cui le norme antitrust comunitarie²⁶⁷. Peraltro, le due proposte non consideravano che porre come obiettivo la libertà di accesso avrebbe presupposto l'esistenza di un unico modello organizzativo implicante nei porti europei una pluralità di imprese, concorrenti tra loro in relazione a qualsiasi tipologia di servizio; presupposto questo sconfessato dal fallimento del mercato in relazione all'erogazione di determinati servizi portuali, in particolare quelli di interesse economico generale, le cui attività continuano ad essere espletate dagli Stati membri per effetto dell'art. 86 TCE²⁶⁸.

Preso atto di tali considerazioni, la Commissione annunciò formalmente il ritiro delle suddette proposte di direttiva, precisando che, in materia portuale, si sarebbero adottati, per il futuro, documenti aventi natura di *soft law*, quali semplici comunicazioni settoriali relative a specifici aspetti della portualità.

Nel 2001, invece, la Commissione mutò radicalmente indirizzo e presentò il cosiddetto *Pacchetto Portuale*, noto anche come *Direttiva De Palacio*, che aveva come obiettivo principale la realizzazione della concorrenza all'interno dei porti, con particolare attenzione alla prestazione dei servizi portuali. Essa prevedeva una sostanziale libertà di accesso a questi ultimi e, allo stesso tempo, la limitazione del ricorso alle posizioni di esclusiva massicciamente presenti in molti scali, oltre al principio della necessaria presenza di più operatori in concorrenza per i vari servizi. Per la realizzazione di queste previsioni si prescrivevano forme di pubblicità non discriminatorie dei fornitori dei servizi.

Punto debole della norma, invece, era rappresentato dal fatto che essa non trattava esaustivamente il problema della concorrenza tra i porti, limitandosi a sostenere l'applicabilità, anche agli stessi, della Direttiva n. 80/723 del 25 giugno 1980 sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra pubblico potere e imprese²⁶⁹, preannunciando tuttavia l'intenzione di emanare delle linee guida in materia. Comunque, le maggiori critiche si concentrarono sulla liberalizzazione dei servizi, che ha trovato

²⁶⁷ La Commissione Europea è intervenuta in diversi procedimenti ai sensi dell'art. 86.3 del TCE. Si veda: *Sea Container/Stena Sealink*, Decisione 94/19/CE del 21 dicembre 1993, in *GUCE*, 18 gennaio 1994, n. L 15, p. 8 ss, *Porto di Rodby*, Decisione 94/119/CE del 21 dicembre 1993, in *GUCE*, 26 febbraio 1994, L 55, p. 52 ss, *Compagnie lavoratori portuali*, Decisione n. 97/744/CE del 21 ottobre 1997, in *GUCE*, n. L 301 del 5 novembre 1997, p. 17 ss.

²⁶⁸ MUSSO E., *La regolazione del settore portuale*, in AA.VV., *La portualità del 2000*, Taranto, 2003, Fondazione Ammiraglio Michelagnoli, p. 193 e ss.

²⁶⁹ Direttiva pubblicata in *GUCE* L. 195 del 29 luglio 1980.

dura opposizione da parte dei soggetti interessati a difendere lo *status quo*, ovvero i fornitori dei servizi tecnico-nautici, i terminalisti, i sindacati e gli armatori²⁷⁰. La Direttiva, giunta dopo diversi emendamenti alla proposta finale il 16 gennaio 2006, fu respinta dal Parlamento europeo.

Nonostante l'ennesimo fallimento, le intenzioni di elaborare una politica portuale europea non sono state abbandonate e il 5 maggio 2010 sempre il Parlamento ha pubblicato una risoluzione su obiettivi strategici e raccomandazioni per la politica del trasporto marittimo dell'UE fino al 2018, ove ha sostenuto in linea di principio l'approccio della Commissione ed ha chiesto un elenco esaustivo di misure concrete, quali la lotta contro gli abusi delle bandiere ombra, il mantenimento degli aiuti di Stato per salvaguardare la competitività internazionale del trasporto marittimo dell'UE, una migliore integrazione delle vie di trasporto marittimo nelle TEN-T, nonché il miglioramento della sostenibilità del trasporto marittimo riducendo le emissioni delle navi, internalizzando i costi esterni e introducendo norme ambientali applicabili su scala internazionale nel quadro dell'IMO (International Maritime Organization).

Successivamente, il 15 dicembre 2011 il Parlamento ha adottato una relazione su una tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti, ove ha chiesto che: i) sia presentata entro il 2030 una proposta sulla «cintura blu»²⁷¹, ii) sia introdotta una politica europea in materia di trasporto marittimo a corto e medio raggio e iii) almeno il 15% dei finanziamenti stanziati per le TEN-T²⁷² sia destinato a progetti orientati a migliorare i collegamenti sostenibili e multimodali fra porti marittimi, porti fluviali e piattaforme multimodali.

Il 2 luglio 2013 il Parlamento ha dato seguito alla richiamata relazione con un'altra di iniziativa specifica sulla crescita blu, presentando la propria tabella di marcia per migliorare e rinnovare la Politica Marittima Integrata. La relazione sotto-

²⁷⁰ VEZZOSO G., *Politica portuale europea e riforma dei porti in Italia*, in Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, Vol. XII, 2014, p. 235 ss.

²⁷¹ Per una definizione della «cintura blu» si veda: [http://ec.europa.eu/transport/modes/maritime/news/doc/com\(2013\)510_it.pdf](http://ec.europa.eu/transport/modes/maritime/news/doc/com(2013)510_it.pdf). In via generale, essa è uno spazio in cui le navi possono operare liberamente nel mercato interno dell'UE con un minimo di oneri amministrativi e contemporaneamente in cui la sicurezza di persone e cose, la tutela dell'ambiente e le politiche doganali e tributarie sono potenziate grazie all'uso delle capacità di monitoraggio e informazione nel trasporto marittimo (processi, procedure e sistemi informativi).

²⁷² TENT-T è l'acronimo inglese di Trans-European Networks – Transport (Reti di trasporto trans-europee).

linea che le autorità locali, regionali, nazionali ed europee devono creare le condizioni necessarie alla crescita sostenibile mediante: a) la definizione di sistemi di pianificazione dello spazio marittimo, b) il miglioramento delle infrastrutture, c) la creazione di un accesso alle competenze professionali e d) la garanzia di adeguati finanziamenti (come nuove norme sul capitale a rischio). Inoltre il Parlamento ha anche ribadito la fondamentale importanza di ambiti quali: i) competenze marittime e occupazione, ii) ricerca e innovazione, iii) trasporti marittimi e cantieristica navale nell'UE, nonché la necessità che la Commissione elabori rapidamente le proposte legislative indispensabili per l'istituzione della «cintura blu», compresa la necessaria revisione del codice doganale dell'UE²⁷³.

Più significativa è invece la proposta di regolamento in materia portuale, presentata, sempre nel tentativo di elaborare una politica portuale europea, dal Parlamento europeo e dal Consiglio nel documento COM(2013)296/final del 23 maggio 2013, conosciuta come *Port Paper*.

Nonostante si segnali la mancata approvazione di quest'ultima proposta entro il termine della legislatura, è comunque opportuno esaminarla, poiché, con le dovute modifiche, potrebbe essere ripresentata nella legislatura attuale, rappresentando l'opportunità di regolamentare in maniera organica il settore portuale.

1.1 Il Port Paper: obiettivi e criticità.

Obiettivo principale del *Port Paper* era la promozione dell'innovazione del sistema portuale europeo, al fine di costituire un quadro omogeneo di riferimento dei Paesi membri dell'U.E., volto a realizzare un assetto portuale maggiormente competitivo ed efficiente, favorendo l'accesso al mercato dei servizi portuali e la trasparenza finanziaria dei porti²⁷⁴.

²⁷³ Per un richiamo ai vari tentativi di elaborare una politica portuale europea si può fare riferimento a Chlomoudis–Pallis, *European Union Port Policy – The Movement Towards a Long-Term Strategy*, Grammatica S.A., Atene, 2002; Noussia, *The port policy of the Europa Union: current status and future prospect*, in *Dir. Mar.*, 2009, p. 644.

²⁷⁴ Di trasparenza finanziaria avevano già parlato alcune Direttive a partire dagli anni '80, tra cui quella del 25 giugno 1980 sulla trasparenza delle relazioni finanziarie fra imprese pubbliche e poteri pubblici, che tuttavia non riguardava direttamente il settore dei trasporti, incluso, invece, nella successiva Direttiva n. 84/413 del 24 luglio 1985, ma limitatamente ai porti con fatturato almeno pari a 40 milioni di euro. Successive modifiche furono apportate con la Direttiva n. 2000/52 CE del 26 luglio 2000 e

Come osserva Vezzoso “per il perseguimento di questi obiettivi vengono enunciati quattro Policy Packages, volti rispettivamente: a) alla realizzazione, all’interno dei porti, di condizioni di trasparenza e di non discriminazione; b) ad assicurare il massimo possibile di libertà di fornitura dei servizi portuali in un quadro di accesso al mercato regolato; c) ad assicurare condizioni di concorrenza, mediante presenza all’interno dei porti di più di un operatore; d) ad assicurare una generale trasparenza delle tariffe per l’uso delle infrastrutture portuali e del prezzo dei servizi forniti in condizioni di monopolio”²⁷⁵.

L’iniziativa inoltre garantiva un intervento equilibrato tra azione legislativa e approccio graduale, come esemplificato dal dialogo sociale. Essa era infatti il risultato di intense consultazioni tra tutte le forze sociali interessate.

Da evidenziare che la proposta riconosceva le diversità della situazione istituzionale dei porti comunitari e, alla luce di ciò, stabiliva il principio per cui detta diversità doveva essere rispettata; pertanto, l’intervento comunitario doveva limitarsi a rimuovere i fattori che limitavano l’economia europea e favorire l’efficienza dei porti comunitari, rinunciando espressamente ad ogni pretesa di modifica degli assetti istituzionali dei porti europei.

Alla luce di questo principio, la proposta di regolamento dettava una serie di interventi volti a favorire un maggior coordinamento fra i porti, ad autorizzare l’imposizione di limiti alla libera prestazione di servizi, ad imporre obblighi di servizio pubblico in presenza di determinati requisiti.

Ora, sebbene sia del tutto realistico lasciare immutato il quadro istituzionale, non potendo in alcun modo pensare di adeguare una situazione così eterogenea come quella dei porti comunitari, appare difficile comprendere come si possa intervenire in una materia, con gli obiettivi sopra indicati, senza pregiudicare gli assetti istituzionali dei porti degli Stati membri.

Lo strumento regolamentare appare in contrasto con i principi affermati e gli obiettivi perseguiti; se è vero, infatti, che esso risulta il mezzo più adatto per facilitare l’applicazione delle regole proposte, è del pari indubitabile che esso, una volta

con la Direttiva n. 2006/111 del 16/11/2006, la quale ha previsto l’estensione a tutti i porti e il *Port Paper* successivo ne è la conferma.

²⁷⁵ VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, cit., p. 282.

emanato e pubblicato, diviene obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile agli Stati membri. Pertanto, è dubbio che un regolamento possa essere idoneo ad applicarsi ad una serie di situazioni eterogenee, senza dare origine a interpretazioni difformi ed a conflitti²⁷⁶; così è lecito esprimere dubbi anche in ordine alla pretesa di agire su singoli aspetti di dettaglio senza porre in questione il contesto generale dei vari ordinamenti²⁷⁷.

A ciò si aggiunga che, al fine di garantire la sua applicazione, la proposta di regolamento conteneva prescrizioni procedurali e meccanismi di controllo abbastanza rigidi che potevano in qualche modo essere contrastanti con i principi in esso enunciati. A questo proposito, a titolo esemplificativo, si veda l'art. 6 della proposta che prevedeva l'obbligo di adottare una procedura di selezione aperta a tutte le parti interessate per l'eventuale limitazione del numero di prestatori di un servizio portuale²⁷⁸; l'art. 8.3, secondo il quale eventuali obblighi di servizio pubblico sarebbero dovuti essere definiti preventivamente da autorità apposite designate dagli Stati interessati²⁷⁹, autorità che potevano essere individuate dall'organo gestore del porto e che, pertanto, potevano essere anche enti esterni incaricati di definire gli obblighi in questione; la possibilità di nominare un ente esterno veniva riconosciuta anche dall'art. 17, a norma del quale gli Stati membri provvedevano affinché un organismo indipendente di vigilanza controllasse e supervisionasse l'applicazione del regolamento.

²⁷⁶ VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, cit., 2015, p. 283.

²⁷⁷ VEZZOSO G., *Politica portuale europea e riforma dei porti in Italia*, cit., 2014, p. 257.

²⁷⁸ Così disponeva l'Art. 6 della proposta. *“Limitazioni al numero di prestatori di servizi portuali In deroga all'articolo 3, l'ente di gestione del porto può limitare il numero di prestatori di un servizio portuale in relazione a un dato servizio per una o più delle seguenti ragioni: (a) la carenza o la destinazione ad altro scopo degli spazi, a condizione che l'ente di gestione possa dimostrare che lo spazio costituisce un impianto portuale essenziale e che tale limitazione è conforme al piano ufficiale di sviluppo del porto definito dall'ente di gestione del porto e, se del caso, da qualsiasi altra autorità pubblica competente conformemente alla legislazione nazionale; (b) gli obblighi di servizio pubblico di cui all'articolo 8, nella misura in cui l'assenza di limitazioni ostacoli l'esecuzione degli obblighi imposti ai prestatori di servizi portuali. L'ente di gestione del porto pubblica eventuali proposte per l'applicazione del paragrafo 1 con almeno sei mesi di anticipo unitamente alle ragioni che la giustificano, dando a eventuali parti interessate l'opportunità di presentare osservazioni entro un lasso di tempo ragionevole. L'ente di gestione del porto pubblica la decisione adottata. Se un ente di gestione del porto fornisce servizi portuali in proprio o mediante un organismo da esso giuridicamente distinto e controllato direttamente o indirettamente, gli Stati membri possono affidare la decisione di limitare il numero di prestatori di servizi portuali a un'autorità indipendente dall'ente di gestione del porto. Se gli Stati membri non affidano la decisione di limitare il numero di prestatori di servizi portuali a una tale autorità, il numero di prestatori non può essere inferiore a due”*.

²⁷⁹ Art. 8: *“(…) - 3 Gli Stati membri designano le autorità competenti per l'imposizione di siffatti obblighi di servizio pubblico sul loro territorio. L'ente di gestione del porto può essere designato autorità competente”*.

Secondo la proposta, dunque, si trattava dell'istituzione di un'entità giuridicamente indipendente, estranea sia dagli enti di gestione del porto che dai prestatori di servizi, imparziale, trasparente e rispettosa del principio della libertà di impresa²⁸⁰.

Non si capisce pertanto come, secondo la proposta, si sarebbero potuti adeguare, senza intervenire sulle normative nazionali, detti enti esterni ai modelli prevalentemente presenti negli Stati membri, ove le Autorità portuali godono di un'ampia autonomia.

Invero, sul punto si è espressa la Commissione stessa, che, al punto 3.5 delle considerazioni introduttive, ha affermato che, anche se per un lungo tempo sono state le autorità pubbliche locali e regionali degli Stati membri a rivestire un ruolo di primo piano nello sviluppo e nella gestione dell'infrastruttura portuale, questa situazione è progressivamente cambiata, in quanto, nello sviluppo, nella gestione e nell'organizzazione dei porti hanno cominciato a rivestire un ruolo di primo piano anche gli operatori dei trasporti, gli enti ed organismi pubblici autonomi ed altri organismi pubblici e privati. Pertanto, per la Commissione è fondamentale garantire l'immediata applicazione e il vincolo giuridico della propria proposta.

La Commissione ha quindi scelto un regolamento come strumento giuridico adeguato per la proposta, al fine di garantirne l'attuazione e l'applicazione a condizioni uniformi di concorrenza nel mercato interno.

Tuttavia, detto strumento non ha convinto e non convince essendo altamente improbabile poter applicare direttamente, ed in modo vincolante, una normativa che desta molte perplessità, segnatamente in uno scenario fortemente eterogeneo come quello europeo.

Altro aspetto critico della proposta riguarda la regolamentazione della concorrenza all'interno dei porti, stante la sua ambiguità rispetto a due elementi di particolare importanza: l'autoproduzione dei servizi ed il lavoro portuale. Riguardo al primo punto, la Commissione ha precisato, all'art. 6 dei considerando, di non ritenere opportuno intervenire sul punto, lasciando agli Stati membri la facoltà di disciplinare o meno la regolamentazione di quest'aspetto, in relazione a ragioni sociali o di sicurezza, che dovrebbero essere ulteriormente regolamentate qualora si consentisse l'autoprestazione di servizi a livello dell'Unione, al fine di evitare possibili impatti

²⁸⁰ VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, cit., 2015, p. 283.

negativi in tali ambiti. In tal caso, la Commissione ha preferito non intervenire per evitare l'origine di ulteriori problematiche derivanti dalla regolamentazione della questione. Relativamente ai lavori portuali, invece, la proposta era più ambigua, omettendo da una parte di disciplinare la materia, stante la mancanza di una norma che autorizzasse l'autoproduzione dei servizi, implicando il mantenimento e la salvaguardia di situazioni di esclusiva storicamente radicate, come quelle dei lavoratori portuali organizzati in compagnie, degli ormeggiatori o dei piloti, e dall'altra, questa omissione non era del tutto completa, perché l'art. 20 dei considerando si riferiva espressamente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed ai principi generali del trattato, ritenuti pienamente applicabili alla fornitura di qualsiasi servizio portuale. Anche in questo caso pare che la Commissione abbia preferito non intervenire espressamente sull'argomento al fine di evitare possibili conflitti.

Destano perplessità e dubbi anche le disposizioni relative alla concessione delle aree portuali e all'affidamento dei servizi a operatori. Infatti l'art. 3.2 affermava che i prestatori di servizi portuali potevano avere accesso agli impianti portuali essenziali nella misura necessaria per poter esercitare le loro attività a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie, mentre i successivi artt. 6 e 8 riconoscevano la possibilità per l'ente gestore del porto di subordinare il conferimento di un eventuale incarico al rispetto di vari requisiti minimi relativi alle attrezzature, alla qualificazione professionale del personale ed alle esigenze di sicurezza e di protezione dell'ambiente, oltre che limitare il numero dei fornitori di servizi per carenza di spazi e per oneri di servizio pubblico.

In questo richiamo ai dati ed alle omissioni di cui alla proposta di direttiva in esame non possono essere traslasciate le preoccupazioni espresse dagli operatori portuali italiani riuniti in Assiterminal²⁸¹ riguardo alla mancanza di un'esplicita correlazione tra la durata delle concessioni e le loro eventuali proroghe con la vita tecnica degli impianti realizzati dal concessionario. Di fronte ad un quadro di riferimento incerto, infatti, gli investimenti da parte delle imprese sui terminal in concessione potrebbero risultare incerti ed anche non convenienti, in quanto l'art. 7 della proposta opera un generico richiamo alla normativa comunitaria sulle concessioni ancora in

²⁸¹ Si veda *La Gazzetta Marittima* del 10 settembre 2013, oltreché le dichiarazioni rese al *Secolo XIX* del 24 settembre 2014 dal Presidente Marco Conforti e dal Segretario Generale Luigi Robba.

essere e, al punto 5, dispone che “*Ai fini del presente regolamento, una modifica sostanziale ai sensi della direttiva/.... [concessione] delle disposizioni di un contratto di servizio portuale in corso di validità è considerata un nuovo contratto di servizio portuale e richiede di applicare nuovamente la procedura di cui al paragrafo 2*” , ovvero una nuova procedura di selezione aperta a tutte le parti interessate, non discriminatoria e trasparente.

Infine, si segnala come la proposta di direttiva non intervenisse neppure sul trattamento del regime giuridico dei porti comunitari, su quello degli enti portuali e sul loro assetto proprietario, alimentando in tal modo la perplessità sulla sua possibile applicabilità diretta a tutti gli Stati membri.

1.2 Il *Port Paper* e le aspettative derivanti dal TENT-T.

Un altro aspetto per cui il *Port Paper* è stato fortemente criticato, incontrando, da ultimo, lo sbarramento in sede di approvazione finale, riguarda la sua ineguatezza rispetto alle aspettative derivanti dal TENT-T, il programma delle reti Transeuropee, introdotto con il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, il quale si prefisse l’obiettivo di sviluppare una rete Transeuropea nei settori delle infrastrutture, dei trasporti, delle comunicazioni e dell’energia. Gli orientamenti del progetto furono indicati nella successiva Decisione n. 1692/1996 del 23 luglio 1996²⁸², la quale, rispetto ai porti, affermava all’art. 12 che essi costituiscono i punti di collegamento marittimo con le isole e i punti di interconnessione tra il trasporto marittimo e le altre tipologie di trasporto.

Con il passare degli anni il progetto si è affinato, con un importante intervento sugli orientamenti, avvenuto nel 2004, per via dell’allargamento dell’Unione Europea ad altri Paesi ed in considerazione dell’aumento dei flussi di traffico²⁸³. Ulteriori interventi si sono succeduti nel 2010, con l’emanazione di una Decisione, da parte

²⁸² GUE n. L 228 del 9 settembre 1996.

²⁸³ Decisione n. 884/2004/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, in GUE L 201 del 7 giugno 2004.

del Parlamento e del Consiglio, nella quale si sono ulteriormente evidenziati gli orientamenti del TENT-T²⁸⁴.

Infine, il Regolamento per la realizzazione della rete è stato approvato l'11 dicembre 2014²⁸⁵, con l'obiettivo di realizzare una politica infrastrutturale dell'Unione Europea che consenta di realizzare negli Stati membri una rete europea dei trasporti robusta e capace di promuovere la crescita e la competitività, che colleghi l'est all'ovest e che sostituisca il puzzle attuale dei trasporti con una rete autentica europea, definendo una strategia a lungo termine fino al 2050²⁸⁶.

Il regolamento riguarda sostanzialmente due scelte strategiche: la prima interviene sul rapporto tra infrastrutture e crescita, effettuando una scelta tra le infrastrutture che contribuiscono alla crescita, in quanto spesa che sostiene la domanda globale, e le infrastrutture che, invece, contribuiscono alla crescita abbattendo i costi di trasporto e logistici tra ogni punto A e ogni punto B dell'Europa, ed anche ogni punto C del resto del mondo. L'alternativa è risolta in favore della seconda scelta, posto che, all'attualità, nella logica europea viene riconosciuta la priorità a quelle infrastrutture che, producendo esternalità positive o riducendo esternalità negative, migliorano la convenienza ad incrementare i livelli di produzione anche mediante investimenti, in quanto rendono possibili gli incrementi di produttività dai quali dipende l'aumento della competitività e la capacità dell'Unione Europea ad affermarsi sui mercati globali²⁸⁷. Per il raggiungimento di questo obiettivo, è necessario sviluppare un sistema essenziale di infrastrutture (*core network*) in grado di sostenere la competitività dell'Unione Europea e la sua crescita economica.

La seconda scelta strategica, invece, interviene sulla distinzione tra rete globale o complessiva (*comprehensive network*) e rete centrale o essenziale (*core network*). La prima dovrebbe essere completata entro il 31 dicembre 2050 e prevede la realizzazione degli obiettivi sulla base di un approccio dal basso (*bottom up*), lasciata all'iniziativa degli Stati membri e solo coordinata dall'Unione Europea, mentre la se-

²⁸⁴ Decisione n. 661/2010/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 luglio 2010, in GUE L 204 del 5 agosto 2010.

²⁸⁵ Regolamento 11 dicembre 2013, n. 1315/2013/UE, in GUE n. L 348 del 20 dicembre 2013.

²⁸⁶ Tali prospettive si possono leggere in http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-897_it.htm.

²⁸⁷ Così COSTA P. - MARESCA M., *Il futuro europeo della portualità italiana*, Marsilio, Venezia, 2013, p. 67. Sugli orientamenti delle reti transeuropee si vedano altresì PREDIERI A., *Gli orientamenti nelle reti transeuropee*, in *Dir. Un. Eu.*, 1997, 4, 569 – 632; BERGAMINI E., *Le scelte in materia di trasporto: modalità di formazione, valore giuridico e prospettive*, in *Dir. comm. int.*, 653-671.

conda dovrebbe essere definita entro il 2030 e costituirebbe la spina dorsale della prima²⁸⁸, da realizzarsi secondo un approccio dall'alto (*top down*) e dichiarata di interesse europeo non derogabile dagli Stati membri.

La rete centrale, in particolare, è stata definita in modo da dover essere accolta dagli Stati dell'Unione Europea come indivisibile, in quanto l'obiettivo della sua realizzazione potrà dirsi raggiunto solo quando sarà completato l'ultimo nodo, comunque entro il 2030, e sostenibile, poiché essa è ridotta all'essenza per essere compatibile con le capacità finanziarie e realizzative dell'Unione, degli Stati membri, delle Istituzioni e degli operatori privati coinvolti nell'arco temporale prefissato, ovvero il 2030²⁸⁹.

La rete essenziale proposta è costituita dagli archi multimodali, quali strada, ferrovia e navigazione interna, che collegano i nodi essenziali rappresentati dai principali nodi urbani europei, dai principali porti marittimi e fluvio-marittimi, dai principali aeroporti e dai punti di attraversamento della frontiera europea (*border crossing point*) con i Paesi vicini²⁹⁰.

Lo sviluppo del progetto ha poi portato all'individuazione di nove corridoi essenziali intermodali²⁹¹, dei quali quattro interessano l'Italia²⁹², nel cui ambito dovranno

²⁸⁸ Così VEZZOSO G., *Politica portuale europea e riforma dei porti in Italia*, cit., 2014, p. 263.

²⁸⁹ COSTA P, MARESCA M., *Il futuro europeo della portualità italiana*, cit., p. 69.

²⁹⁰ I nodi urbani italiani della rete essenziale europea sono Roma, Bologna, Cagliari, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Torino e Venezia. I porti marittimi italiani sono: Ancona, Augusta, Bari, Cagliari, Genova, Gioia Tauro, La Spezia, Livorno, Napoli, Palermo, Ravenna, Taranto Trieste e Venezia. I porti fluvio-marittimo sono Cremona, Mantova, Ravenna, Trieste e Venezia. Gli aeroporti italiani sono: Bologna, Cagliari, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma Fiumicino, Torino e Venezia. Gli scambi intermodali strada-ferrovia italiani sono: Ancona, Bari, Bologna, Cervignano, Firenze, Genova, Livorno, Milano, Napoli, Novara, Padova, Roma, Torino e Verona.

²⁹¹ La stessa Commissione europea in un memo del 17 ottobre 2013 descrive i corridoi della rete essenziale: "1) **corridoio Baltico-Adriatico**: è uno dei più importanti assi stradali e ferroviari transeuropei che collega il Mar Baltico al Mare Adriatico attraversando zone industrializzate che vanno dalla Polonia meridionale (Slesia superiore) a Vienna e Bratislava, alla Regione delle Alpi orientali e all'Italia settentrionale. La sua realizzazione comprende importanti progetti ferroviari come la galleria di base del Semmering, la linea ferroviaria del Koralm in Austria e le sezioni transfrontaliere tra Polonia, Repubblica ceca e Slovacchia; 2) Il **corridoio Mare del Nord-Mar Baltico** collega i porti della costa orientale del Baltico con i porti del Mare del Nord. Il corridoio collegherà la Finlandia con l'Estonia con navi traghetto e creerà collegamenti stradali e ferroviari moderni tra i tre Stati baltici, da un lato, e la Polonia, la Germania, i Paesi Bassi e il Belgio, dall'altro. Il corridoio comprende anche collegamenti fluviali tra il fiume Oder e i porti di Germania, Paesi Bassi e Belgio, come il "Mittelland-Kanal". Il progetto più importante è il "Rail Baltic", una ferrovia europea a scartamento standard tra Tallinn, Riga, Kaunas e la Polonia nordorientale. 3) Il **corridoio Mediterraneo** collega la Penisola iberica con il confine ungro-ucraino costeggiando il litorale mediterraneo della Spagna e della Francia per poi attraversare le Alpi nell'Italia settentrionale in direzione est, toccando la costa adriatica in Slovenia e Croazia, e proseguire verso l'Ungheria. A parte il fiume Po e qualche altro canale nel Norditalia, il corridoio è essenzialmente stradale e ferroviario. I principali progetti ferro-

essere proritariamente realizzati i progetti infrastrutturali, con lo scopo di costruire i collegamenti transfrontalieri mancanti, in particolare nelle tratte transfrontaliere, che costituiscono un ostacolo importante per la libera circolazione delle merci e dei passeggeri all'interno degli Stati membri, fra di essi e con i paesi confinanti; eliminate le strozzature costituite dalla notevole disparità sotto il profilo della qualità e della disponibilità di infrastrutture tra ed all'interno degli Stati membri, in particolare, attraverso il miglioramento dei collegamenti est-ovest, attraverso la creazione di nuove infrastrutture di trasporto e/o la manutenzione, il ripristino o l'aggiornamento delle infrastrutture esistenti; ammodernate le infrastrutture, poiché in Europa molti terminali merci, stazioni passeggeri, porti interni, porti marittimi, aeroporti e nodi urbani

viari lungo questo corridoio sono i collegamenti Lione-Torino e la sezione Venezia-Lubiana. 4) Il **corridoio orientale/mediterraneo orientale** collega le interfacce marittime del Mare del Nord, Mar Baltico, Mar Nero e Mediterraneo ottimizzando l'uso dei relativi porti e delle rispettive autostrade del mare. Includendo l'Elba come via navigabile interna permetterà di migliorare le connessioni multimodali tra la Germania settentrionale, la Repubblica ceca, la regione della Pannonia e il sudest dell'Europa. Via mare andrà poi dalla Grecia a Cipro. 5) Il **corridoio scandinavo-mediterraneo** è un asse nord-sud cruciale per l'economia europea. Attraversando il Mar Baltico dalla Finlandia e dalla Svezia e passando attraverso la Germania, le Alpi e l'Italia, collega i principali centri urbani e porti della Scandinavia e della Germania settentrionale ai centri industrializzati di produzione della Germania meridionale, dell'Austria e del Norditalia e quindi ai porti italiani e della Valletta. I progetti più importanti di questo corridoio sono il collegamento fisso del Fehmarnbelt e la Galleria di base del Brennero, con le rispettive vie di accesso. Il corridoio raggiunge quindi via mare Malta passando dall'Italia meridionale e dalla Sicilia. 6) Il **corridoio Reno-Alpi** costituisce una delle rotte merci più trafficate d'Europa: collega i porti del Mare del Nord di Rotterdam e Anversa con il Mar Mediterraneo a Genova attraversando la Svizzera e passando per alcuni dei principali centri economici della Ruhr renana, le regioni del Reno-Meno-Neckar e l'agglomerazione di Milano. È un corridoio multimodale che include il Reno come via navigabile interna. I principali progetti sono le gallerie di base in Svizzera, in parte già completate, e le loro vie di accesso in Germania e in Italia. 7) Il **corridoio atlantico** collega la parte occidentale della Penisola iberica e i porti di Le Havre e Rouen a Parigi e quindi a Mannheim/Strasburgo con linee ferroviarie ad alta velocità e linee ferroviarie convenzionali parallele, includendo anche la Senna come via navigabile interna. La dimensione marittima svolge un ruolo cruciale in questo corridoio. 8) Il **corridoio Mare del Nord-Mar Mediterraneo** va dall'Irlanda e dal nord del Regno Unito fino al Mare Mediterraneo nel sud della Francia attraverso i Paesi Bassi, il Belgio e il Lussemburgo. È un corridoio multimodale che comprende acque navigabili interne nel Benelux e in Francia e intende non solo offrire servizi multimodali migliori tra i porti del Mare del Nord, i bacini fluviali della Mosa, del Reno, della Schelda, della Senna, della Saona e del Rodano e i porti di Fos-sur-Mer e Marsiglia, ma anche un'interconnessione migliore tra le isole britanniche e l'Europa continentale. 9) Il **corridoio Reno-Danubio**, le cui arterie fluviali principali sono il Meno e il Danubio, collega le regioni centrali intorno a Strasburgo e Francoforte sul Meno attraverso la Germania meridionale a Vienna, Bratislava e Budapest per arrivare infine al Mar Nero, con una sezione importante tra Monaco di Baviera e Praga, Zilina, Kosice e il confine ucraino". Memo consultabile su: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-897_it.htm.

²⁹² I quattro corridoi che interessano l'Italia sono: il corridoio n. 1 Baltico – Adriatico; il corridoio n. 3 Mediterraneo; il corridoio n. 5 Helsinki – Valletta; il corridoio n. 6 Genova – Rotterdam. I porti italiani destinati a fare parte della rete sarebbero: Ancona, Bari, Genova, Gioia Tauro, La Spezia, Livorno, Napoli, Palermo, Ravenna, Taranto, Trieste e Venezia.

non sono all'altezza del compito, mancando di capacità multimodale; infine, dovranno essere snellite le operazioni transfrontaliere di trasporto per i passeggeri e per le imprese dei Paesi dell'Unione Europea, al fine di inserire il sistema europeo del trasporto nella gestione dei nuovi flussi di traffico che si stanno sviluppando dai Paesi emergenti africani e asiatici all'Europa centrale.

Quest'ultimo punto è di fondamentale importanza per quanto riguarda le grandi ambizioni del Regolamento TENT-T, che hanno portato una svolta nelle politiche dell'Unione, le quali hanno preso atto delle evoluzioni economiche globali e, di conseguenza, hanno allargato il focus della propria analisi e dei propri interventi definendo anche le possibili estensioni delle reti di trasporto al di fuori dell'Unione Europea.

Dunque i porti sono stati ricondotti al centro dell'agenda delle politiche di trasporto dell'Unione, che per il loro tramite intende trasformare la strategia di sviluppo da “*Europe as a single market*” in “*single Europe in the global market*”²⁹³, per cui attraverso la rete centrale del TENT-T il mercato europeo sarà accessibile non solo dal punto A al punto B del suo interno, ma anche da e per ogni punto C del suo esterno, garantendo il trasporto delle merci da e verso qualsiasi mercato internazionale.

Da questo breve *excursus* sulla politica di sviluppo del TENT-T si evince chiaramente come le misure tratteggiate nelle proposte *Port Paper* dovranno essere chiaramente aggiornate e riviste, in quanto il problema di concorrenza all'interno dei porti rimane comunque un obiettivo essenziale, che, tuttavia, potrebbe passare in secondo piano rispetto a quello del collegamento funzionale tra i porti e la rete essenziale. Inoltre, anche la necessità di effettuare ingenti investimenti nei porti e nelle strutture di raccordo fra questi e la rete impone di trovare nuove e più incisive forme di collaborazione fra pubblico e privato che permettano la partecipazione finanziaria di forze imprenditoriali interessate e non riducano l'affidamento delle concessioni a procedure formalistiche, limitate al mero confronto economico delle singole offerte

²⁹³ COSTA P, MARESCA M., *Il futuro europeo della portualità italiana*, cit., p. 92, secondo il quale “*per un lungo periodo l'Unione Europea ha concentrato i propri sforzi nella creazione di un mercato unico comunitario, rimanendo relativamente chiusa alle relazioni/conessioni con il resto del mondo che sono state lungamente considerate un problema secondario e complementare*”. Sul punto si veda anche Tent-T Policy Review, Expert Group 4, Methodology for Tent-T Planning: Tent-T Extension Outside the EU, Bruxelles 2010.

alla lotta a ogni forma di discriminazione, con il rischio di far passare in secondo piano gli obiettivi di sviluppo dei traffici²⁹⁴.

1.3 La politica comunitaria sulla concorrenza.

Come si è accennato nel paragrafo precedente, uno degli obiettivi sui quali la politica comunitaria ha sempre focalizzato la propria attenzione è quello di realizzare un mercato comune basato sulla concorrenza, con particolare attenzione alla concorrenza all'interno dei porti, alla concorrenza fra i porti ed al diverso assetto istituzionale dei porti negli Stati membri, che evidentemente incide in modo determinante sui primi due.

Riguardo alla concorrenza all'interno dei porti, è noto come in molti scali europei esistano situazioni di esclusiva o dominanti di imprese che vi operano, giustificate con motivi di sicurezza o con la compensazione di obblighi di servizio pubblico.

Alla luce di ciò, l'art. 51 del TFUE ha escluso l'applicazione delle norme sul diritto di stabilimento per le attività che in uno Stato partecipino, anche occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri²⁹⁵. Così pure il successivo art. 58.1 del Trattato ha escluso l'applicazione della normativa generale sulla libera prestazione dei servizi al campo dei trasporti, dovendo ricondurre la materia nell'alveo della politica comune dei trasporti, con la precisazione, a norma dell'art. 100 del Trattato, che anche i servizi relativi alle vie navigabili rientrano in questo campo.

L'esclusione dell'intervento comunitario, tuttavia, non determina il venir meno dei principi generali del Trattato, i quali devono comunque trovare applicazione²⁹⁶; seppur tacitamente, l'Unione ha lasciato che ad intervenire sulla questione fosse la

²⁹⁴ VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, cit., p. 266.

²⁹⁵ L'art. 51 del TFUE dispone che: “Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono escludere talune attività dall'applicazione delle disposizioni del presente capo”.

²⁹⁶ Si rammenta che il diritto dell'Unione Europea è racchiuso in due specifiche fonti: in primo luogo, il diritto primario è costituito dalle norme dei Trattati e dai principi generali derivanti dalle tradizioni comuni degli Stati membri e, in secondo luogo, dal diritto derivato, costituito dai regolamenti, aventi portata generale e direttamente applicabili applicabili agli Stati membri, dalle decisioni, dirette a singoli soggetti e direttamente applicabili, e dalle direttive, vincolanti negli obiettivi, ma non nei mezzi che ciascuno Stato è libero di utilizzare per il loro raggiungimento. Per un'analisi esaustiva sulle fonti dell'Unione Europea si veda TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010.

giurisprudenza, quando chiamata ad eliminare le situazioni di evidente contrasto con i principi di libertà, di repressione degli abusi di posizione dominante e di non discriminazione sanciti dal Trattato. A tal proposito, si sono registrati numerosi interventi della Corte di Giustizia²⁹⁷, anche dirompenti sulle legislazioni nazionali.

Tra gli interventi giurisprudenziali più noti in materia di concorrenza nei porti emerge la sentenza sul caso *Siderurgica Gabrielli c. Merci Convenzionali Porto di Genova*, relativa al monopolio del lavoro portuale, in cui la Corte ha statuito l'illegittimità del monopolio legislativo dell'esercizio dell'attività di carico e di scarico delle merci, in virtù della diretta applicabilità delle norme comunitarie, secondo cui *“la normativa di uno Stato membro che attribuisca ad un'impresa stabilita in questo Stato il diritto esclusivo delle operazioni portuali e le imponga di servirsi, per l'esecuzione di tali operazioni, di una compagnia portuale composta esclusivamente di maestranze nazionali viola il combinato disposto dell'art. 90 n. 1, e degli art. 30, 48 e 86 del Trattato CEE. Tali norme, essendo direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri, attribuiscono ai singoli diritti che i giudici devono tutelare”*²⁹⁸. Si segnala, peraltro, come con la decisione sopra richiamata, la Corte ha espressamente dichiarato l'incompatibilità, rispetto al diritto comunitario, dell'art. 110 ultimo comma e dell'art. 111 del codice della navigazione, che consentivano un monopolio in materia di lavoro portuale le cui tariffe, peraltro, non dovevano far ricadere sugli utenti il costo delle prestazioni non erogate²⁹⁹.

La Corte ha dunque applicato ai servizi portuali tanto le norme in materia di libera circolazione dei servizi quanto la disciplina della concorrenza applicabile alle imprese³⁰⁰; ne deriva un quadro normativo che, da un lato, vieta le barriere di accesso al mercato portuale imposte dalle amministrazioni pubbliche e, dall'altro, sanziona gli

²⁹⁷ Sugli orientamenti giurisprudenziali in materia di concorrenza portuale si veda VEZZOSO G., *Concorrenza in ambito portuale: spunti per la definizione di una moderna politica europea*, in *Trasporti*, 2002, n. 83, pp. 34 e ss.; POWER, *European Community competition law and Sea Ports*, in *Dir. Mar.* 2001, 90 ss. e WAREAM, *State aids*, *ivi*, 2001, 125 ss.

²⁹⁸ Sentenza C- 179/90 del 10 dicembre 1991, in *Dir. Mar.*, 1991, p. 1128 e in *Raccolta*, 1991, I, p. 5889.

²⁹⁹ MEDINA C., *Le norme del codice della navigazione sul monopolio delle compagnie portuali per conto terzi alla luce dei principi fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea: il giudizio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. Mar.*, 1992, p. 682.

³⁰⁰ Gli stessi principi sono stati applicati nelle Sentenze C-163/96 del 12 febbraio 1998, in *Dir. Mar.* 1998, p. 778, C-96/94 del 5 ottobre 1995, in *Racc.*, 1995, p. I-02883, C-343/95 del 18 marzo 1997, in *Racc.*, 1997, P. I-01547.

accordi tra imprese ed i comportamenti unilaterali che pregiudichino la libera concorrenza.

Lo stesso effetto diretto delle norme è stato sancito in materia di regolamentazione delle tariffe per la prestazione dei servizi di ormeggio, la cui imposizione non è stata ritenuta contraria al diritto comunitario, il quale “*non si oppone ad una normativa di uno Stato membro quale quella di cui trattasi nella presente fattispecie, che impone alle imprese di trasporto marittimo stabilite in un altro Stato membro di far ricorso, versando un corrispettivo superiore al costo effettivo del servizio reso, ai servizi dei gruppi di ormeggiatori locali titolari di concessioni esclusive*”³⁰¹. In effetti, l’art. 106 TFUE consente il riconoscimento o l’attribuzione di un diritto esclusivo ad un’impresa che eserciti un servizio di interesse economico generale che abbia l’effetto di imporre la remunerazione del cosiddetto “*servizio universale*”³⁰², sottraendo tale attività dall’applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, nella misura in cui sia necessario per adempiere al compito pubblico affidato³⁰³.

In riferimento alla concorrenza fra i porti, intesa sia come concorrenza fra imprese armatoriali o di servizi che utilizzano lo stesso porto o scalano porti diversi sia come concorrenza che fra i porti in generale, facendo espresso riferimento ai vari fat-

³⁰¹ Sentenza C-166/96 del 18 giugno 1998, in *Dir. Mar.*, 1999, p. 895. Si veda anche: Sentenza C-18/93 del 17 maggio 1994, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1283, inerente il divieto di discriminazioni nel pilotaggio basate sulla nazionalità.

³⁰² Il concetto di “*servizio universale*” fa riferimento ad una serie di requisiti di interesse generale che assicurano che taluni servizi siano messi a disposizione di tutti gli utenti e consumatori finali al livello qualitativo stabilito, a prescindere dall’ubicazione geografica e, tenuto conto delle specifiche circostanze nazionali, ad un prezzo accessibile”. Per un’analisi completa si veda CARTEI G.F., *Il Servizio Universale*, Giuffrè, 2002; CAPANTINI M., *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2003, p. 99. Sulla giurisprudenza in materia si vedano: Sentenza C-349/99 del 17 maggio 2001, in *Racc.*, 2001, p. I-4109, C-146/2000 del 6 dicembre 2001, in *Racc.* 2001, p. I-9767.

³⁰³ Sostanzialmente, l’art. 106 prevede che si possa derogare alla normativa antitrust nei casi in cui sia presente una missione di carattere pubblico affidata ad una determinata impresa. A ciò si aggiunga l’art. 14 del TUE che attribuisce rilievo ai servizi di interesse generale rispetto ai quali l’esigenza dell’utente assume sempre più rilevanza. La Comunicazione, *I servizi di interesse generale in Europa*, in GUCE del 19 gennaio 2001 n. C-17, definisce i servizi di interesse generale come “*quei servizi forniti dietro retribuzione, che assolvono missioni di interesse generale e sono quindi assoggettati dagli Stati membri a specifici obblighi di servizio pubblico*”. Da essi va distinto il servizio pubblico che, da un lato, designa l’ente che produce il servizio e, dall’altro, si riferisce alla missione di interesse generale affidata a quest’ultimo e che serve ad individuare gli obblighi che le amministrazioni possono imporre al singolo presatore incaricato. In dottrina, si vedano MERUSI F., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Amm.*, 2010, p. 313; CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. Pubbl. Com.*, 2006, p. 747; LOTTINI M., *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1351; SCHMIDT R., *La liberalizzazione dei servizi di interesse generale*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 687.

tori che possono indurre una compagnia di navigazione o un operatore portuale a scolare un porto anziché un altro in posizione più favorevole o ad utilizzarlo in considerazione dei vantaggi che esso può offrire, l'attenzione della politica comunitaria è rivolta ai problemi che possono sorgere relativamente all'erogazione di sovvenzioni pubbliche.

Il problema non si pone quando le condizioni più vantaggiose sono costituite dall'efficienza del sistema logistico, dall'elevato livello qualitativo dei servizi, dalle ottime infrastrutture di collegamento, e così via; esso interviene quando l'erogazione di finanziamenti pubblici di cui gode un'Autorità portuale le consentono di praticare condizioni di favore all'operatore insediato nel suo porto a detrimento di un operatore che presta la propria attività in un porto potenzialmente concorrente.

Questo tipo di finanziamenti sono soggetti alla disciplina comunitaria degli aiuti di stato³⁰⁴, a cui devono essere applicate le regole di cui all'art. 107 TFUE, secondo le quali la nozione di aiuto di stato³⁰⁵ comprende qualsiasi vantaggio economico attribuito ad un determinato (o più determinati) beneficiario.

Sul punto, Tesouro osserva come le disposizioni sugli aiuti di stato siano “*preordinate alla realizzazione di un regime di concorrenza non falsata, nella misura in cui sono dirette ad evitare che il sostegno finanziario pubblico conduca ad alterare la competizione ad armi pari tra le imprese all'interno del mercato comune, che pure rappresenta l'elemento qualificante e l'obiettivo primario del sistema dell'Unione globalmente considerato*”³⁰⁶.

Pertanto, rientrano nella nozione di sovvenzione sia le erogazioni di denaro dell'Autorità portuale a favore di soggetti privati, pure nel caso in cui siano a partecipazione pubblica, sia quelle a favore del porto, inteso nella sua accezione generale, come ad esempio contributi che il destinatario utilizza per abbassare le tariffe, in

³⁰⁴ Per una indagine sugli aiuti di stato si veda TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 773 e ss.

³⁰⁵ La dottrina ha delineato la nozione di aiuto di stato e disciplina ad esso applicabile sulla base della giurisprudenza europea, secondo uno schema predeterminato facilmente utilizzabile dagli Stati per valutare la legittimità delle operazioni. Si vedano: MALINCONICO C., *Aiuti di Stato*, in CHITI M.P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 65; ORLANDI M., *La disciplina degli aiuti di Stato*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2006, p. 1668 e ss; SANTA MARIA A., *Concorrenza e aiuti di stato*, Torino 2006; BIONDI A., *Gli aiuti di stato*, in FRIGNANI A.; PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, Torino, 2006, p. 447; KEPPEL J. P., *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, 199.

³⁰⁶ TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 800.

quanto il vantaggio attribuito consiste nella possibilità di offrire una tariffa minore rispetto alle condizioni del mercato.

L'origine della sovvenzione, per essere considerata illegittima, deve avere natura pubblica, a prescindere dall'organismo pubblico o privato che effettivamente emette la prestazione; pertanto, è sufficiente che via sia una derivazione da una pubblica amministrazione anche se il vantaggio finale è attribuito ad un soggetto privato incaricato.

In questi termini si è più volte pronunciata la Corte di Giustizia Europea, che fin dagli anni '70 ritiene che l'art. 107 del TFUE, prima art. 92 del TCE, consente di valutare la compatibilità col mercato comune di qualsiasi provvedimento statale, qualora esso abbia l'effetto di attribuire una sovvenzione sotto qualsiasi forma. Essa *“non deve essere necessariamente finanziata col denaro dello stato perché si tratta di un aiuto statale. L'art. 92 rifuera il complesso delle sovvenzioni attribuite dagli Stati o mediante risorse statali, senza che si possa distinguere a seconda che la sovvenzione sia attribuita direttamente dallo Stato ovvero da enti pubblici o privati che esso istituisca o designi per amministrare la sovvenzione stessa”*³⁰⁷.

In ordine all'organismo privato che può emettere la prestazione, la Corte ha puntualizzato che, al fine di stabilire se una sovvenzione possa essere qualificata come aiuto di stato, non si deve distinguere tra le ipotesi in cui l'aiuto viene concesso direttamente dallo Stato e quelle in cui viene concesso da enti pubblici o privati che lo Stato istituisce o designa per la gestione dell'aiuto³⁰⁸.

A seguito dell'accertamento dell'origine dell'erogazione, affinché l'aiuto possa essere dichiarato illegittimo, l'art. 107 TFUE richiede che il vantaggio sia attribuito a *“talune imprese o talune produzioni”*, con la conseguenza che, quando manca il requisito della selettività dell'aiuto, il vantaggio non può essere considerato contrario ai principi dell'Unione Europea. Anche in questo caso, la disposizione del Trattato è supportata da copiosa giurisprudenza resa dalla Corte di Giustizia, che ha affermato *“l'art. 92, n. 1, del Trattato enuncia le seguenti condizione. In primo luogo, deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statale. In secondo*

³⁰⁷ Sentenza C-290/83 del 30 gennaio 1985, in *Racc.*, 1985, p. 439. Conformi: Sentenza C-57/86 del 7 giugno 1988, in *Racc.*, 1988, p. 2855; Sentenza C-67-68-70/85 del 2 febbraio 1988, in *Racc.*, 1988, p. 219; Sentenza C-78/76 del 22 marzo 1977, in *Racc.*, 1977, p. 595.

³⁰⁸ Sentenza C-305/89 del 21 marzo 1991, in *Racc.*, 1991, p. I-01603.

luogo, tale intervento deve poter incidere sugli scambi tra Stati membri. In terzo luogo, deve concedere un vantaggio al suo beneficiario. In quarto luogo, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza”³⁰⁹.

Con la conseguenza che sono considerati aiuti di stato gli interventi che, sotto qualsiasi forma, sono idonei a favorire direttamente o indirettamente determinate imprese o che si ritengono costituire un vantaggio economico che l’impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato³¹⁰.

La valutazione degli effetti pregiudizievoli deve essere effettuata in relazione all’incidenza sugli scambi fra gli Stati membri; è intervenuta più volte la Corte di Giustizia, affermando che, ai fini della declaratoria dell’illegittimità degli aiuti, non rileva la dimensione territoriale del mercato, essendo sufficiente che l’erogazione comporti una effettiva compressione della possibilità di fornire i servizi da parte di imprese di altri Stati membri, pertanto, *“la condizione per l’applicazione dell’art. 91, co, 1, del Trattato (...), in base alla quale l’aiuto deve essere tale da incidere sugli scambi fra Stati membri, non dipende dalla natura locale o regionale dei servizi di trasporto forniti o dall’importanza del settore di attività interessato. Infatti, non è affatto escluso che una sovvenzione pubblica concessa a un’impresa attiva solo nella gestione di servizi di trasporto al di fuori del suo Stato d’origine possa, tuttavia, incidere sugli scambi fra Stati membri, giacchè, quando uno Stato membro concede una sovvenzione pubblica a un’impresa, la fornitura di servizi di trasporto da parte di questa può risultare invariata o incrementata, con la conseguenza che la possibilità delle imprese aventi sede in altri Stati membri di fornire i loro servizi di trasporto sul mercato di tale Stato membro ne risultano diminuite”³¹¹.*

A prescindere dalla valutazione sugli effetti pregiudizievoli, appare pacifico come, essendo i porti nodi essenziali del sistema logistico e trasportistico di un Paese, gli aiuti pubblici alla realizzazione di determinate infrastrutture non possano essere vietati in modo assoluto, in quanto possono essere giustificati da obiettivi di carattere generale.

Peraltro, sotto il profilo legislativo, non è stato possibile pervenire ad una individuazione delle opere portuali che possono ricevere o meno gli aiuti pubblici; nel

³⁰⁹ Sentenza C- 280/00 del 24 luglio 2003, in *Racc.*, 2003, p. I-07747.

³¹⁰ Sentenza C- 39/94 dell’11 luglio 1996, in *Racc.*, 1996, p. I- 03547.

³¹¹ Sentenza C-280/00 del 24 luglio 2003, cit.

2001, con il Documento Com(2001)35 final, la Commissione aveva provato a sintetizzare gli orientamenti che intendeva seguire per risolvere la problematica, tuttavia senza avere alcun seguito. Ad ogni modo, il documento proponeva la distinzione tra *Public port infrastructure* e *User specific infrastructure*, includendo nella prima categoria le opere destinate al funzionamento generale del porto e ai suoi rapporti con l'entroterra (dighe, canali, collegamenti stradali e ferroviari, ecc.) e nella seconda categoria due diversi gruppi di opere: quelle realizzate all'interno dell'area portuale che consentono la fornitura di servizi alle navi ed alle merci e le sovrastrutture, ovvero le opere e le attrezzature realizzate in un'area dedicata ad un singolo operatore (capanoni, gru, collegamenti di un terminal con la rete portuale, ecc.). Secondo il documento, la prima categoria, in quanto destinata all'utilizzo generale ed aperta alla generalità degli operatori su base non discriminatoria, poteva ricevere gli aiuti pubblici, mentre la seconda ne era esclusa, in base al principio "*chi usa le strutture è tenuto a pagarne gli oneri*".

2. I diversi modelli istituzionali dei porti europei: la proprietà e la gestione.

Una delle maggiori difficoltà che incontrano le Istituzioni europee quando cercano di elaborare una politica portuale comunitaria uniforme riguarda le differenze che i porti europei presentano sia rispetto alla loro configurazione giuridico-istituzionale sia alla loro impostazione gestionale.

L'unico aspetto comune dei porti europei è costituito dall'esistenza di enti responsabili dell'amministrazione e dello sviluppo dei porti, denominati generalmente Autorità Portuali, che comunque si presentano estremamente diversi nella loro configurazione, nel loro inserimento nel sistema organizzativo dei singoli Stati e nei loro rapporti con il potere pubblico. Così, riguardo alla forma giuridica, si può constatare che, accanto ai porti configurati come enti pubblici, e secondo le osservazioni sviluppate nel paragrafo precedente soggetti a controlli o meno più rilevanti, ve ne sono altri costituiti come unità autonome o sotto forma di società per azioni, ed in quanto tali dotate di maggiore indipendenza ed agilità operativa. In ordine, invece, all'assetto proprietario, accanto ai porti statali, gestiti direttamente o indirettamente dallo Stato, vi sono quelli rientranti nella competenza delle comunità territoriali, qua-

li enti, regioni e città-stato, oltre ai porti gestiti ed appartenenti a imprese private. In tutti i casi, le differenze più significative riguardano la proprietà delle aree portuali, che talvolta sono soggette al regime demaniale e talvolta a norme sulla proprietà privata³¹².

In via generale, anche per le infrastrutture portuali, vige il principio di neutralità, enunciato dall'art. 395 TFUE, già art. 295 TCE, secondo il quale è “*lasciato del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*”.

Siamo pertanto di fronte ad un'impostazione classica del diritto comunitario che preferisce non intervenire direttamente sulle materie ove predilige occuparsi degli obiettivi e non dei mezzi, restando indifferente al regime giuridico specifico degli Stati membri.

Secondo un'impostazione tradizionale sul regime giuridico dei porti, nel panorama europeo, coesistono tre modelli di riferimento: *Comprehensive Port Authorities*, *Landlord Port Authorities* e *Port Company*.

Nel primo modello i porti sono “*pubblici*”, ovvero gestiti dallo Stato o dall'ente pubblico che ha la totale responsabilità dell'organizzazione e del controllo di tutte le attività che si svolgono nel porto, ritenute servizio pubblico e non attività imprenditoriali; nel secondo, invece, i porti sono “*pubblico-privati*”, caratterizzati da un fenomeno intermedio in cui la proprietà dell'area e delle infrastrutture portuali è pubblica, mentre la gestione dei servizi portuali è lasciata alle imprese private. Tale modello è presente nei grandi porti del nord Europa e, dopo le riforme spagnola e italiana, si sta estendendo ai porti mediterranei, con la differenza che, nei primi, i porti più importanti sono di proprietà degli enti territoriali locali, *Land* o Municipalità, mentre nei secondi la gestione è affidata ad appositi enti pubblici.

Nel modello di *Port Company*, invece, i porti sono privati, ovvero configurati come imprese, indipendentemente dal loro assetto proprietario, e l'Autorità portuale è responsabile della gestione di esso e della produzione dei servizi, oltreché degli investimenti necessari per il mantenimento e lo sviluppo delle infrastrutture. In questo caso, il soggetto gestore del porto si differenzia da quello del modello di *Comprehensive Port Authorities* sia per l'estensione delle sue competenze sia per la responsabilità nella gestione del porto, in quanto tale soggetto è tenuto ad occuparsi anche della

³¹² VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, cit., p. 261.

pianificazione economica e territoriale dell'area. Tipico esempio di tale modello lo riscontriamo nei porti inglesi.

Questa impostazione non è l'unica proposta nel panorama europeo; nella prassi comunitaria si tende, infatti, a distinguere in relazione ai modelli di "Ente Portuale" tra il *land port* (porto proprietario), in cui l'Ente di gestione è responsabile della valorizzazione del territorio e provvede alla realizzazione delle infrastrutture, quali banchine, zone di parcheggio, di carico e di scarico delle merci, mentre la gestione dei traffici e dei servizi accessori ad essi è lasciata ai privati, il *tool port* (porto utensile), in cui l'Ente si occupa della creazione, dell'utilizzo delle infrastrutture e dell'erogazione dei servizi connessi ad esse e l'*operating port* (porto operatore), ove il porto resta completamente di proprietà pubblica e l'Ente di gestione provvede a gestire e svolgere le operazioni portuali. Tale tripartizione, tuttavia, non permette di distinguere tra i vari tipi di porto ed, in particolare, tra il ruolo assegnato agli organismi che governano il porto e quello affidato alle imprese private³¹³.

In realtà, a livello pratico, i tre modelli delineati non si riscontrano allo stato puro, nel senso che possono prevalere elementi dell'uno o dell'altro modello, rendendo difficile l'individuazione di una situazione adattabile a tutte le realtà; pertanto, l'impostazione è utile al fine di individuare il regime giuridico applicabile di volta in volta ai porti e, di conseguenza, coglierne le evoluzioni. Evoluzione che, allo stato, pare superare, nella maggior parte dei porti, l'impostazione di cui alla Comprehensive Port Authority per avvicinarsi man mano al modello di Land Lord, che, a sua volta, pare evolversi verso nuovi modelli orientati verso l'apertura gestionale al settore imprenditoriale.

Nell'ottica evolutiva, recentemente, è stato presentato uno studio comparativo svolto per conto di ESPO (European Sea Ports Organisation)³¹⁴, in cui sono stati presentati i dati dell'indagine effettuata nei 26 Paesi facenti parte dell'Organizzazione, i quali hanno condotto a dividere le Autorità Portuali in tre gruppi principali.

Un primo gruppo, contraddistinto da una stretta relazione con i poteri locali e da una larga autonomia del potere centrale, comprenderebbe i porti dei Paesi di tradi-

³¹³ VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, cit., p. 264.

³¹⁴ Reperibile nel sito www.espo.it. Relazione del Segretario Generale VERHOVEN P., tenuta a Roma il 18 ottobre 2011 all'Assemblea Generale di Assoport, disponibile su <http://www.ferpress.it/wp-content/uploads/2011/10/Assoport-relazione-Verhoeven.pdf>

zione anseatica, ovvero Svezia, Germania, Finlandia, Norvegia, Danimarca, Paesi Bassi e Belgio, oltre ad un sottogruppo, orientato agli stessi principi, di Paesi recentemente entrati nell'Unione Europea: Polonia, Lituania, Estonia e Lettonia.

Un secondo gruppo sarebbe composto dai Paesi di tradizione latina, Italia, Francia, Portogallo, Malta, Grecia, Cipro e Israele, caratterizzati da uno stretto rapporto con il governo centrale e, relativamente all'aspetto gestionale, da un controllo pubblico su tutta l'attività portuale, anch'esso con un sottogruppo, con caratteristiche analoghe, composto dai porti di tradizione neo latina: Slovenia, Croazia, Bulgaria e Romania.

Il terzo gruppo sarebbe, invece, riconducibile ai porti del Regno Unito e dell'Irlanda, caratterizzati da un'impostazione privatistica e imprenditoriale delle Autorità portuali, dotate di estrema autonomia gestionale.

Anche questa classificazione, come la precedente, risulta rilevante per quanto attiene all'approccio didattico, essendo espressione dell'evoluzione della logistica portuale, che comunque appare utile ai fini pratici, essendo sempre difficile far coincidere automaticamente una determinata configurazione giuridica con una precisa filosofia gestionale, stante le possibili contraminazioni fra modelli o le incongruenze fra impostazioni organizzative perseguite ed assetto normativo e istituzionale esistente³¹⁵.

Anche il Segretario Generale dell'ESPO, Patrick Verhoven, relazionando sullo studio effettuato, ha osservato che *“Il metodo classico per classificare le Autorità Portuali in termini organizzativi è quello di suddividerle in landlord ports, tool ports e service ports. Il rapporto mostra che la maggioranza delle Autorità Portuali, almeno quelle sul continente, converge sul modello landlord. Queste Autorità Portuali si sono fondamentalmente disimpegnate dai servizi di movimentazione merci, a bordo nave e a terra, ed hanno ri-orientato il loro ruolo su compiti di landlord e di regolamentazione. I processi di riforma in corso, specialmente nei Paesi latini e nei nuovi Stati Membri, confermano questa tendenza. Le Autorità Portuali, in genere, hanno mantenuto determinate attività operative, ma principalmente quelle relative alla fornitura di servizi accessori e complementari per l'intera comunità portuale come, ad esempio, servizi pubblici e dragaggi. Sono presenti, comunque, significati-*

³¹⁵ VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, cit., p. 262.

*ve differenze tra Regioni, con importanti Autorità portuali anglosassoni che sono molto più impegnate nella fornitura di servizi di movimentazione merci e anche in quelli tecnico-nautici. Similmente, le Autorità Portuali più piccole rimangono in linea di massima più impegnate nella fornitura di servizi di questo tipo*³¹⁶.

3. L'assetto istituzionale dei porti italiani.

Al di là dell'importanza e del primato che le norme comunitarie rivestono nel nostro ordinamento, nella materia portuale assumono particolare rilevanza le disposizioni interne rivolte a disciplinare tale comparto, costituite dal codice della navigazione e dal relativo regolamento di esecuzione (reg. nav. mar.), nonché dalla Legge n. 84/1994, dai relativi decreti attuativi e dalle successive modifiche ed integrazioni³¹⁷. Ovviamente, sono senz'altro applicabili al settore le norme di diritto comune, tra cui assume un ruolo primario il diritto antitrust, attesa la sua particolare rilevanza nella materia in esame.

Le norme settoriali citate configurano un quadro normativo tendenzialmente completo, nel quale è esplicitata una compiuta disciplina sui beni portuali, sull'attività amministrativa rilevante in ambito portuale e sulle attività d'impresa che si svolgono nei porti. Accanto ad esse esistono numerose regole prodotte da fonti ulteriori, di rango anche regolamentare, che trovano spesso la loro origine a livello internazionale e che disciplinano aspetti settoriali o tecnici del settore.

L'attuale disciplina è frutto di un'evoluzione storica cui si sono succeduti ampi dibattiti sul tipo di ente amministrativo da prevedere all'interno del nostro sistema, al fine di adeguare l'impianto normativo alle esigenze nascenti dalle pressioni evoluti-

³¹⁶ Relazione tenuta a Roma il 18 ottobre 2011 all'Assemblea Generale di Assoporti, cit.

³¹⁷ Legge 28 gennaio 1994, n. 84, Riordino della legislazione in materia portuale, pubblicata in Suppl. Ord. alla G.U. del 4 febbraio 1994, n. 28, modificata ed integrata dalla: a) Legge 23 dicembre 1996, n. 647, Conversione in legge con modificazioni, del D.L. 21 ottobre 1996, n. 535, recante disposizioni urgenti per i settori portuale, marittimo, cantieristico ed amatoriale, nonché interventi per assicurare taluni collegamenti aerei, in G.U. del 23 dicembre 1996, n. 300; b) Legge 27 febbraio 1998, n. 30, Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 30 dicembre 1997, n. 457, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo del settore dei trasporti e l'incremento dell'occupazione, in G.U. 28 febbraio 1998, n. 49; c) Legge 7 dicembre 1999, n. 472, Interventi nel settore dei trasporti, in Suppl. Ord. n. 220 /L alla G.U. 16 dicembre 1999, n. 294; d) Legge 30 giugno 2000, n. 186, Modifiche alla Legge 28 gennaio 1994, n. 84, in materia di operazioni portuali e di fornitura del lavoro portuale temporaneo, in G.U. 7 luglio 2000, n. 157.

ve. Tali dibattiti hanno portato a numerose proposte all'attuale assetto istituzionale, che vanno dalle piccole modifiche sino alla privatizzazione del soggetto, ma che ad oggi non riescono a concretizzarsi³¹⁸.

Nonostante ciò, la riforma del 1994 è stata considerata l'intervento normativo di maggior rilievo degli ultimi decenni³¹⁹, avendo recepito i precetti di origine comunitaria, che prevedono la separazione tra i compiti di amministrazione del porto, affidati in via esclusiva alle Autorità portuali, ed i compiti di erogazione dei servizi e delle operazioni portuali, riservati a soggetti privati e assoggettati alle regole del mercato.

Fino al 1994, il quadro normativo portuale era basato in modo preponderante sul codice della navigazione, sul suo regolamento attuativo e sulle leggi speciali che prevedevano diversi enti preposti alla gestione dei porti principali, denominati porti storici, ovvero Genova, Venezia, Trieste, Savona, Civitavecchia, Napoli, Palermo e Messina. Si trattava di enti pubblici variamente denominati (Consorzi Autonomi, Enti Autonomi, Provveditorati), dei quali era pacificamente ammessa la natura di enti pubblici economici, in quanto erano responsabili delle tipiche funzioni amministrative sui beni demaniali ed esercitavano, allo stesso tempo, attività d'impresa. In porti minori, invece, esistevano consorzi volontari e, in quelli privi di autorità portuali, le cosiddette Aziende dei Mezzi Meccanici e dei Magazzini Generali³²⁰, le quali avevano la titolarità esclusiva della gestione del porto, sia nella sua dimensione statica del bene demaniale che in quella dinamica, quale centro di attività³²¹.

Sostanzialmente era un modello conforme a quello della *Comprehensive Port Authority*, ove l'accesso alle infrastrutture e l'utilizzazione dei porti erano consentiti alla generalità degli utenti e mancava una gestione unitaria e coordinata delle operazioni di carico e di scarico; infatti, nei porti operavano anche imprese private che

³¹⁸ Dal 3 aprile 2013 è in corso di esame in Senato il DDL n. 370, sulla riforma della legislazione in materia portuale, sul quale peraltro sembra sussistano dubbi anche all'interno della compagine governativa. Si può leggere il testo integrale della proposta sul sito internet ufficiale www.senato.it. per un'analisi sul citato disegno di legge si veda CARBONE S. M. e MARESCA D., *Prospettive di riforma della legislazione in materia portuale*, in *Dir. Mar.*, 2009, p. 1058 e ss; VEZZOSO G., *Le occasioni mancate di una proposta di riforma dell'organizzazione portuale*, in *Dir. Mar.* 2010, 438 – 460; VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, cit., p. 262.

³¹⁹ BERLINGIERI F., *Note sulla legge 28 gennaio 1994, n. 84 sul riordino della legislazione in materia portuale*, in *Il diritto marittimo*, 1994.

³²⁰ Legge 9 ottobre 1967, n. 961, *Istituzione delle Aziende dei Mezzi Meccanici e dei Magazzini nei Porti di Ancona, Cagliari, Livorno, La Spezia, Messina e Savona*, in G.U., 30 ottobre 1967 n. 272.

³²¹ MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Assetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2012, p. 2.

svolgevano singole operazioni portuali ed erano vincolate al rispetto della cosiddetta “riserva del lavoro portuale”, che prevedeva l’affidamento di tali operazioni esclusivamente ai lavoratori iscritti nelle Compagnie di lavoro portuale. Situazione equivalente si riscontrava nei servi tecnico-nautici.

La frammentarietà della disciplina e la necessità di eliminare le confusioni derivanti dalla commistione di poteri regolamentari e imprenditoriali ha stimolato l’intervento normativo del 1994, il cui obiettivo fondamentale era appunto il superamento del modello di *Comprehensive Port Authority* per avvicinarsi a quello del *Landlord Port Authority*, con la netta separazione e distinzione tra l’amministrazione del porto e l’esercizio delle attività produttive, al fine di conseguire una maggiore concorrenza, soprattutto in termini di efficienza, ed il rilancio dei porti italiani.

Così, la Legge n. 84/1994 ha soppresso i vecchi organismi portuali (ConSORZI, Provveditorati e Aziende dei Mezzi Meccanici e dei Magazzini Generali) ed ha istituito le Autorità portuali, con il divieto per queste di esercitare le operazioni di carico, scarico, trasbordo e movimentazione delle merci, oltretutto di tutte le attività connesse, riservando ai privati le attività di erogazione dei servizi e delle operazioni portuali.

È avvenuta, pertanto, una separazione tra indirizzo, programmazione e controllo delle operazioni portuali, da una parte, e svolgimento delle stesse in forma imprenditoriale, dall’altra; è stato, quindi, introdotto un regime di concorrenza nella fornitura delle operazioni portuali, è stata riconosciuta la libertà di fissazione delle tariffe per le operazioni portuali, con il vincolo della pubblicità, ed è stata abolita la riserva del lavoro portuale.

L’art. 6 della Legge 84/1994 definisce le Autorità portuali come enti con personalità giuridica di diritto pubblico, dotate di autonomia di bilancio e finanziaria, assoggettate al potere di vigilanza del governo, segnatamente del Ministero delle infrastrutture dei Trasporti, alle quali sono demandate le funzioni di gestione del territorio e di amministrazione del porto per il perseguimento di attività pubblicistiche³²².

³²² Si vedano, per un’analisi sull’amministrazione portuale, ACQUARONE G., *Il piano regolatore delle Autorità portuale*, Milano, 2009; CARBONE S.M. e MUNARI F., *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano 2006; ROMAGNOLI A., *L’autorità portuale nel nuovo diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 2003; CITRIGNO A. M., *Autorità portuale*, Milano, 2003; VERMIGLIO G., voce *Autorità portuale*, in *Enc. Dir.*, VI agg., Milano, p. 194 ss; TACCOGNA G., *Le operazioni portuali del nuovo diritto pubblico dell’economia*, Milano, 2000, p. 648 ss; BERLIN-

Originariamente le Autorità portuali erano 18, ma progressivamente ne sono state aggiunte delle altre nei porti caratterizzati da un significativo volume di traffici³²³, fino ad arrivare alle attuali 25³²⁴.

Il legislatore del 1994, tuttavia, ha omesso di precisare la connotazione economica di questi enti con il preciso scopo di non estromettere del tutto le Autorità portuali dal mondo imprenditoriale, conferendole anche la prerogativa di prestare i servizi di interesse generale e di attuare strategie economiche che si pongano come strumentali rispetto al perseguimento del pubblico interesse³²⁵.

Infatti, il citato art. 6, oltre a disporre che le Autorità Portuali non possono esercitare, né direttamente né tramite la partecipazione di società³²⁶, operazioni portuali ed attività ad esse strettamente connesse, prevede che comunque esse possano costituire o partecipare a società esercenti attività accessorie o strumentali rispetto ai compiti istituzionali affidati alle Autorità medesime, anche ai fini della promozione e dello sviluppo dell'intermodalità, della logistica e delle reti trasportistiche. Pertanto, la natura pubblica dell'ente non ammette l'esercizio diretto di attività economiche, ma ne accetta e ne consente la costituzione o la partecipazione a società le cui attività possono ritenersi accessorie rispetto ai compiti primari riconosciuti dalla Legge³²⁷.

L'art. 6 della Legge n. 84 del 1994 stabilisce anche le competenze dell'Autorità portuale: a) indirizzo, programmazione, coordinamento, promozione e controllo delle

GERI F., *Note sulla Legge 28 gennaio 1994, n. 84 sul riordino della legislazione in materia portuale*, in *Dir. Mar.*, 1994, p. 239 ss.

³²³ Tale volume di affari riguardava il traffico superiore a 3 milioni di tonnellate annue al netto delle rinfuse liquide oppure la movimentazione di almeno 200.000 TEU.

³²⁴ Attualmente risultano istituite le seguenti Autorità portuali: in Liguria, Genova, Savona e La Spezia; in Toscana, Marina di Carrara, Livorno e Piombino; in Lazio, Civitavecchia; in Campania, Napoli e Salerno; in Calabria, Gioia Tauro; in Sicilia, Palermo, Messina, Catania, Augusta e Trapani; in Sardegna, Cagliari e Olbia; in Puglia, Taranto, Brindisi, Manfredonia e Bari; nelle Marche, Ancona; in Emilia-Romagna, Ravenna; in Veneto, Venezia, in Friuli Venezia Giulia, Trieste.

³²⁵ MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Aspetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 3.

³²⁶ Il divieto di porre in essere operazioni portuali giustifica anche la scelta del legislatore di riconoscere all'Autorità portuale il potere di determinare il numero massimo di imprese autorizzate ad esercitare le operazioni portuali sulla base delle esigenze di funzionalità del porto e del traffico nel rispetto della massima concorrenza possibile nel settore. Anche il Consiglio di Stato, sentenza 1 settembre 2000, n. 4656, in *Urbanistica e appalti*, 2001, p. 658 ss, ha precisato che le Autorità portuali possono essere affidatarie dei soli compiti neutrali di regolazione e, pertanto, la gestione delle attività portuali non può essere legittimamente affidata ad una società indipendentemente dal possesso delle Autorità portuali di una quota di maggioranza o di controllo della società mista.

³²⁷ Per un'analisi sull'argomento si veda MAMELI B., *Le S.p.A. miste nella legge di riforma in materia portuale*, in *Urb. e app.*, 2001, p. 662 ss.

attività economiche che si svolgono in ambito portuale (operazioni portuali, attività commerciali ed industriali); b) manutenzione ordinaria e straordinaria delle parti comuni del porto; c) affidamento e controllo delle attività dirette alla fornitura dei servizi di interesse generale (illuminazione, pulizia, raccolta rifiuti, servizio idrico, manutenzione e riparazioni). Dette competenze, connotate dal carattere della regolazione delle attività, in quanto sintesi del coordinamento e del controllo, rafforzano ulteriormente il concetto di separazione, voluto dal legislatore, tra attività amministrativa ed attività d'impresa.

Dunque, l'Autorità portuale si caratterizza per essere una pubblica amministrazione pura, che svolge una doppia funzione pubblicistica: da una parte, da una parte compie scelte di regolazione e di controllo, dall'altra, scelte di promozione, quali il marketing territoriale, la selezione delle infrastrutture e la promozione della rete. In pratica, essa pone in essere tutte quelle attività che determinano il corretto funzionamento del porto, sia disciplinando l'azione delle imprese che operano nel porto sia garantendo il rispetto delle regole tra le imprese stesse e nei confronti dei terzi. L'Autorità, infatti, autorizza le imprese ad operare nei porti, sceglie i terminalisti sulla base della loro idoneità a massimizzare i traffici e determina le infrastrutture da realizzare. Inoltre, essendo ente regolatore, essa corregge il mercato portuale al fine di renderlo maggiormente competitivo³²⁸.

³²⁸ MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Aspetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 4, secondo il quale l'art. 6 della Legge n. 84/1994 deve essere letto "in relazione alle recenti norme in materia di partecipazione pubblica alle società le quali, seppur apparentemente restrittive, sembrano continuare a consentire all'Autorità portuale, così come a tutte le altre pubbliche amministrazioni, l'esercizio delle attività economiche. Si fa riferimento, in particolare, ai commi da 27 a 29 dell'art. 3 della legge finanziaria 2008 la quale pone in capo alle pubbliche amministrazioni (come definite nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165: "tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende e le amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità Montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale") il divieto di costituire e partecipare in qualsiasi società salvo quando abbiano per oggetto la produzione di beni e di servizi strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali o servizi di interesse generale, definiti dalla giurisprudenza comunitaria come "servizi che devono essere prestati su tutto il territorio a tutti gli utenti, distributori locali e consumatori finali, nelle quantità richieste in qualsiasi momento, a tariffe uniformi e a condizioni che possono variare solo secondo criteri obiettivi applicabili all'intera clientela (così Corte di Giustizia, C-320/91, del 19 maggio 1993, in Racc. I 193, p. I-02533)". L'Autore ritiene, pertanto, che le attività svolte dalle Amministrazioni per il perseguimento dei fini istituzionali, all'uopo autorizzate attraverso la partecipazione a società strumentali, comprendano anche quelle a cui si riferisce l'art. 6 della legge n. 84/1994.

Deve poi rilevarsi che l'ambito di operatività dell'Autorità portuale è stato oggetto di valutazioni divergenti in dottrina ed in giurisprudenza relativamente ai rapporti con l'Autorità marittima³²⁹, in quanto a quest'ultima sono riservate le funzioni di polizia e di sicurezza previste dal Codice della Navigazione e dalle leggi speciali e le rimanenti funzioni amministrative, quali ad esempio la disciplina e il controllo dei servizi tecnico-nautici ancillari alla navigazione, e cioè i servizi di pilotaggio, rimorchio, ormeggio e battellaggio. In particolare, nei porti sede di Autorità portuale, la disciplina e l'organizzazione dei servizi suddetti sono stabilite dall'Autorità marittima d'intesa con l'Autorità portuale e, in difetto d'intesa, provvede il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Vigge, pertanto, il principio secondo il quale l'Autorità portuale esercita le competenze terrestri sugli spazi portuali, mentre quella marittima esercita le competenze in materia di sicurezza nelle acque portuali e negli spazi marittimi antistanti. Tuttavia, tale principio non sempre viene rispettato e, anche a livello giurisprudenziale, si riscontrano delle pronunce che riconoscono all'Autorità portuale poteri non solo terrestri³³⁰.

Precisata la natura ed i poteri in capo all'Autorità portuale, la legge 84/1994 disciplina le operazioni portuali e le attività ad esse connesse che possono essere svolte solo da imprese private³³¹, in virtù di apposite autorizzazioni rilasciate dall'Autorità, sulla base di valutazioni relative ai loro requisiti organizzativi e tecnici, alla loro capacità finanziaria, nonché alla loro professionalità³³².

³²⁹ CARBONE S.M. e MUNARI F., *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 185 ss; TACCOGNA G., *Le operazioni portuali del nuovo diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 667 ss; BELLESI A., *Rapporti giuridici tra Autorità portuale, Ministero dei trasporti ed enti territoriali*, in AA.VV., *Autorità portuali e nuova gestione dei porti*, Atti del Convegno di Livorno, 13- 14 marzo 1997.

³³⁰ Cons. Giust. Amm. Sic., 8 luglio 1998, n. 434, *Soc. Pradil c. Min. mar. merc.*, in *Cons. Stato*, 1998, p. 1221, ss e Cons. Stato, 27 marzo 2001, n. 1807, *Autorità portuale Livorno c. Soc. NAU.AR.MA.*, in *Foro Amm.*, 2001, p. 649 ss. Ad ogni modo, deve essere osservato che il Codice della Navigazione, artt. 62-82, assegna al Comandante del porto le funzioni di sicurezza e di polizia del porto o dell'approdo e delle relative adiacenze.

³³¹ L'art. 16, comma 1, della legge 84/1994 dispone che "*Sono operazioni portuali il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito, il movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale, svolti nell'ambito portuale. Sono servizi portuali quelli riferiti a prestazioni specialistiche, complementari e accessorie al ciclo delle operazioni portuali. I servizi ammessi sono individuati dalle Autorità Portuali o, laddove non istituite dalle Autorità Marittime, attraverso una specifica regolamentazione da emanare in conformità dei criteri vincolanti fissati con decreto del Ministro dei Trasporti e della Navigazione*".

³³² L'art. 16, comma 3, della legge 84/1994 precisa che "*L'esercizio delle attività di cui al comma 1, espletate per conto proprio o di terzi, è soggetto ad autorizzazione dell'Autorità Portuale o, laddove non istituita, dell'Autorità Marittima. Detta autorizzazione riguarda lo svolgimento di operazioni por-*

Occorre tuttavia osservare che spesso le autorizzazioni all'esercizio delle operazioni portuali è accompagnato anche da una concessione demaniale, che riconosce il diritto di disporre in modo esclusivo delle aree e delle banchine situate nell'area portuale, per lo svolgimento delle operazioni portuali e di quelle ad esse accessorie.

Pertanto, le imprese autorizzate o quelle titolari di una concessione svolgono in via esclusiva le attività di carico, scarico, trasbordo, deposito e movimentazione delle merci, o di una sola parte delle stesse, con la facoltà di stabilire le tariffe portuali applicabili, con l'obbligo di renderle note all'Autorità portuale e di non operare discriminazioni nel trattamento degli utenti.

L'impresa autorizzata, che ottiene anche una concessione demaniale per l'utilizzo esclusivo di una determinata banchina od area del porto per l'espletamento di determinate operazioni, assume le vesti di operatore terminalista o *terminal operator*.

Da ultimo va menzionata l'omissione del legislatore del 1994 relativamente ad alcuni servizi, esclusi dall'ambito concorrenziale, come ad esempio quelli tecnico-nautici, ancillari alla navigazione, svolti in occasione dall'arrivo o della partenza delle navi, in quanto finalizzati al conseguimento di interessi pubblici e al mantenimento della sicurezza negli spazi marittimi portuali³³³.

tuali di cui al comma 1 previa verifica del possesso da parte del richiedente dei requisiti di cui al comma 4, oppure di uno o più servizi portuali di cui al comma 1, da individuare nell'autorizzazione stessa. Le imprese autorizzate sono iscritte in appositi registri distinti tenuti dall'Autorità Portuale o, laddove non istituita, dell'Autorità Marittima e sono soggette al pagamento di un canone annuo e alla prestazione di una cauzione determinati dalle medesime Autorità". Ai fini del rilascio delle suddette autorizzazioni, l'Autorità portuale determina: a) I requisiti di carattere personale e tecnico-organizzativo, di capacità finanziaria, di professionalità degli operatori e delle imprese richiedenti, adeguati alle attività da espletare, tra i quali la presentazione di un programma operativo e la determinazione di un organico di lavoratori alle dirette dipendenze comprendente anche i quadri dirigenziali; b) i criteri, le modalità e i termini in ordine al rilascio, alla sospensione ed alla revoca dell'atto autorizzatorio, nonché ai relativi controlli; c) i parametri per definire i limiti minimi e massimi dei canoni annui e della cauzione in relazione alla durata ed alla specificità dell'autorizzazione, tenuti presenti il volume degli investimenti e le attività da espletare; d) i criteri inerenti il rilascio di autorizzazioni specifiche per l'esercizio di operazioni portuali, da effettuarsi all'arrivo o alla partenza di navi dotate di propri mezzi meccanici e di proprio personale adeguato alle operazioni da svolgere, nonché per la determinazione di un corrispettivo e di idonea cauzione.

³³³ In realtà l'omissione è frutto dell'attuazione delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia europea in occasione della nota sentenza Gabrielli, che ha avuto una forte ricaduta sul diritto interno italiano in materia di operazioni ed organizzazione portuale. La legge del 1994 ha infatti soppresso la riserva del lavoro portuale ed ha trasformato le Compagnie dei lavoratori portuali in società di diritto privato, abilitate allo svolgimento delle operazioni portuali. In quanto società private, esse devono operare in regime di concorrenza con le altre imprese autorizzate all'esercizio delle operazioni portuali. Tali imprese sono disciplinate dagli artt. 16 e 18 della legge n. 84/1994, mentre l'art. 110 del codice della

4. La struttura istituzionale dei porti italiani.

4.1 Il Presidente dell'Autorità portuale: nomina e funzioni.

Ai sensi dell'art. 7 della Legge n. 84/1994 sono organi dell'Autorità portuale: il Presidente, il Comitato portuale, il Segretario Generale ed il Collegio dei revisori dei Conti.

Dunque, il Presidente è l'organo posto al vertice dell'Autorità, che, secondo il disposto dell'art. 8 della legge di riforma, resta in carica quattro anni e può essere riconfermato una sola volta³³⁴.

Al di là delle funzioni di rappresentanza nei rapporti esterni dell'Autorità portuale, esso è un organo essenzialmente tecnico, in quanto la sua nomina deve avvenire tra esperti di massima e comprovata qualificazione professionale nei settori dell'economia dei trasporti e portuali e, secondo il dettato del citato art. 8, il Comune, la Provincia e la Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura individuano ciascuno un candidato, formando in tal modo una terna da sottoporre al Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti. È il Ministero che, con Decreto, provvede alla nomina del Presidente, previa intesa con la regione interessata.

La sussistenza dei requisiti professionali, presupposto fondamentale per la nomina del Presidente, ne garantisce la competenza tecnica, configurando una figura preparata e di alto livello professionale³³⁵. Tuttavia, riguardo al punto, si deve segnalare che non è specificato dalla legge, né individuato dalla prassi giurisprudenziale, quale significato o contenuto pratico debba essere attribuito ai requisiti di "massima e comprovata qualificazione", non essendo chiaro, ad esempio, se sia necessaria la laurea, in particolare in materie economiche o giuridiche, o di che tipologia o genere debbano essere le pregresse esperienze. In mancanza di determinazioni al riguardo,

navigazione che prevedeva le Compagnie portuali è stato abrogato. Si veda, peraltro, Sentenza C-179/90 del 10 dicembre 1991, *cit.*.

³³⁴ Sulla figura del Presidente dell'Autorità portuale si vedano: MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Assetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 10 ss; ANTONINI A., *Trattato breve di diritto marittimo*, Milano, p. 94 ss; ³³⁴ CARBONE S.M. e MUNARI F., *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 153 ss; TACCOGNA G., *Le operazioni portuali del nuovo diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 641 ss, CITRIGNO A. M., *Autorità portuale*, cit. p. 60 ss.

³³⁵ MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Assetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 10.

pare possa essere sufficiente una comprovata esperienza nei settori dell'economia dei trasporti e portuali, senza necessità del titolo accademico.

Al di là dei requisiti positivi che il Presidente deve possedere, la legge n. 84/94 omette di indicare le specifiche ipotesi di incompatibilità tra l'incarico di Presidente dell'Autorità portuale ed altre possibili attività. Al riguardo è intervenuto il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi in via consultiva sulla nomina a Presidente di un'Autorità portuale di un armatore che rivestiva già la carica di Presidente della Confederazione Italiana Armatori (Confitarma). In breve, il Consiglio ha precisato che, in ossequio ai principi di imparzialità e di indipendenza, cui deve uniformarsi l'attività della Pubblica Amministrazione, come dettato dall'art. 97 della Costituzione, sussiste una situazione di incompatibilità quando, sulla base di un accertamento di fatto, sia ravvisabile un conflitto di interessi, che può riguardare sia un contrasto tra la posizione del singolo in quanto preposto e investito, che la funzione specifica commessa, con la precisazione che il contrasto non deve essere necessariamente in atto, essendo sufficiente la potenzialità dello stesso, propria dell'immanenza della situazione che può evolvere in contrasto. Per inciso, il Consiglio di Stato ha sostenuto che “nominando un armatore (...) si perverrebbe ad una sovrapposizione degli interessi di una categoria imprenditoriale sulle altre e si finirebbe per alterare il delicato equilibrio raggiunto in sede normativa per consentire la coerenza delle scelte del Comitato portuale alle istanze di tutela e di equo contemperamento degli interessi coinvolti”³³⁶.

Il procedimento di nomina del Presidente è abbastanza complesso e la verifica dei requisiti avviene in due momenti diversi: in primo luogo, da parte dei poteri locali (Comune, Provincia, Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura), che individuano rispettivamente un candidato e formano una terna, e, in secondo luogo, ad opera del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il quale, previa intesa con la regione interessata, provvede all'investitura³³⁷. Il Ministero e la regione di-

³³⁶ Sul caso si veda PERTICI A., *Il conflitto d'interessi dell'armatore nominato Presidente di Autorità portuale*, in *Foro it.*, 2004, p. 387 ss.

³³⁷ Sulle problematiche relative alle intese intese tra Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e la Regione di volta in volta interessata, si veda TACCOGNA G., *Il contenzioso tra Stato e Regioni innanzi alla Corte costituzionale, con riguardo alla nomina dei presidenti delle Autorità portuali (anche nella prospettiva della tensione tra interesse nazionale e c.d. federalismo di esecuzione)*, in *Dir. Mar.*, 2006, p. 415 ss.

spongono comunque di un autonomo potere di verifica, previsto dall'art. 8, comma 1, della legge del 1994, il quale permette loro di provvedere alla nomina del Presidente sempre "tra personalità che risultano esperte e di massima e comprovata qualificazione professionale nei settori dell'economia dei trasporti e portuale".

I tre nomi devono essere comunicati al Ministero tre mesi prima della scadenza del mandato del precedente Presidente; tuttavia, "Il Ministro, con atto motivato, può chiedere di comunicare entro trenta giorni dalla richiesta una seconda terna di candidati nell'ambito della quale effettuare la nomina". Qualora non pervenga nei termini alcuna designazione, è il Ministro che nomina direttamente il Presidente, sempre d'intesa con la regione interessata, secondo i criteri di professionalità sopra richiamati. Tale previsione rinforza l'idea che il Ministero e la regione godano di un autonomo potere di verifica sui requisiti del candidato alla presidenza. Sul punto si è espressa anche la Corte Costituzionale, che nell'ambito di un ricorso per conflitto di attribuzione, presentato da parte della Regione Toscana, ha avuto modo di precisare che, nel caso in cui il mandato presidenziale sia effettivamente scaduto e non sia stata effettuata, nei tempi previsti, la designazione della terna, deve ritenersi legittima la nomina, da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, di un Commissario "onde assicurare il soddisfacimento delle esigenze di continuità dell'azione amministrativa ed impedire stasi connesse alla decadenza degli organi ordinari"³³⁸.

Va rilevato che il procedimento attualmente in vigore si è spesso rivelato problematico in sede di applicazione con riferimento al difficile coordinamento tra i diversi poteri coinvolti. È spesso accaduto, infatti, che gli organi locali, invece di sottoporre al Ministero e al Presidente della regione una terna di nominativi, abbiano indicato un solo candidato, limitando in questo modo il potere discrezionale del Ministero. Tale prassi è stata fermamente censurata dalla giurisprudenza, la quale ha escluso il potere degli enti locali di vincolare ad un unico candidato la scelta del Ministro e del Presidente della regione³³⁹.

³³⁸ Così Corte Costituzionale, sentenza del 27 luglio 2005, n. 339., Reg. Toscana c. Pres. Cons., in *Dir. mar.*, 2006, p. 475 ss.

³³⁹ In tal senso di è espresso il TAR Puglia – Sez. di Lecce, con l'ordinanza del 22 giugno 2005, nella causa *Gennarini c. Comune di Taranto* (non pubblicata), che ha sospeso il Decreto di nomina del Presidente dell'Autorità portuale di Taranto sulla base dell'assunto che un unico candidato, espresso da Comune, Provincia e C.C.I.A.A. locali, non fosse idoneo a rappresentare la terna prescritta dall'art. 8 della Legge n. 84/94, essendo la pluralità di nominativi requisito indispensabile al fine di consentire il

Peraltro, la Corte Costituzionale, nell'evidente volontà di imporre il dialogo e la cooperazione tra i diversi livelli di potere interessati, ha espressamente dichiarato illegittima la nomina del Presidente dell'Autorità portuale, in mancanza di intesa con il Presidente della regione, allorchè non siano state sperimentate "in termini di leale collaborazione reiterate trattative volte a raggiungere l'intesa; e che questa non sia stata conseguita, malgrado la più ampia disponibilità che tutti gli enti ed organismi coinvolti sono chiamati non soltanto a manifestare, ma anche a perseguire in concreto"³⁴⁰. Ne consegue che l'annullamento del provvedimento unilaterale da parte del Ministro e, dunque, della nomina in esso contenuta, non discende dall'illegittimità in sé della designazione del commissario, quanto dal mancato avvio, in precedenza ed a posteriori rispetto al decreto, di effettive trattative con la Regione al fine del raggiungimento della necessaria intesa. Inoltre, nel merito della motivazione della citata pronuncia viene precisato che l'atto di commissariamento, derivante dall'esercizio dei poteri conferiti al Ministro competente per assicurare la continuità dell'azione amministrativa, "presuppone l'avvio e lo sviluppo, in termini di leale cooperazione, di reiterate trattative volte a raggiungere l'intesa", oltre alla loro prosecuzione anche dopo il commissariamento stesso.

Un'altra importante pronuncia della Corte Costituzionale, che merita menzione, è senz'altro la n. 378 del 7 ottobre 2005, la quale, riuniti i giudizi promossi dallo Stato e dalla Regione Friuli Venezia Giulia, ha dichiarato incostituzionale l'art. 6, comma 1, del Decreto legge 28 maggio 2004 n. 136, non convertito, che aveva inserito nell'art. 8 della legge 84/94 il comma 1-bis, in virtù del quale il Governo aveva sostanzialmente avvocato a sé la nomina del Presidente dell'Autorità portuale di Trieste e, in accoglimento dell'istanza formulata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha dichiarato incostituzionale anche la legge della Regione Friuli Venezia Giulia n. 17 del 24 maggio 2004, che attribuiva sostanzialmente al Presidente della Regione i poteri che l'art. 8, comma 1, della legge 84/94 conferisce al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. La previsione contenuta nella norma impugnata era tale da non garantire il rispetto delle prerogative statali e, in particolare, secondo la Corte Costituzionale si sarebbe "svilito il potere di codeterminazione riconosciuto alla Re-

legittimo potere di scelta del Ministro e del Presidente della Giunta competenti alla nomina.

³⁴⁰ Corte Costituzionale, sentenza del 27 luglio 2005, n. 339., Reg. Toscana c. Pres. Cons., cit..

gione, dal momento che la mera previsione della possibilità per il Ministero di far prevalere il suo punto di vista, ottenendone l'avallo dal Consiglio dei Ministri, è tale da rendere quanto mai debole, fin dall'inizio del procedimento, la posizione della Regione che non condivida l'opinione del Ministero e da incidere sulla effettività del potere di codeterminazione che, ma – a questo punto – solo apparentemente, l'art. 8, comma 1, continua a riconoscere alla Regione”.

La pronuncia ha dunque statuito l'illegittimità costituzionale sia della legge statale che di quella regionale, avendo entrambe previsto meccanismi per il superamento del difetto d'intesa riguardo alla nomina del Presidente dell'Autorità portuale, ritenuti dalla Consulta irrispettosi del principio di codeterminazione e di leale cooperazione tra Stato e Regione, principio rinvenibile nel testo della legge 84/94.

Era pertanto evidente che il Ministro e il Presidente della Regione Friuli Venezia Giulia non avessero adottato tutte le misure suggerite dal citato principio, che costituisce il parametro costituzionale principale a cui si è ispirata la Corte³⁴¹. In sostanza, la Consulta, ribadendo quanto già statuito nella precedente sentenza n. 339/2005, ha richiamato gli organi amministrativi dello Stato al rispetto degli obblighi procedurali e alla collaborazione secondo il principio della lealtà, senza compiere forzature in nome dell'interesse pubblico³⁴².

Una volta esaurita la trattazione sulle problematiche connesse al procedimento di nomina del Presidente dell'Autorità, deve poi segnalarsi, che la legge contempla due ipotesi di revoca dell'incarico durante il mandato (nell'ipotesi avviene anche lo scioglimento del Comitato Portuale). Esse sono previste dall'art. 7, comma 3, ed avvengono per mano del Ministero dei Trasporti e della Navigazione o quando non venga approvato il Piano Operativo Triennale (lett. a) oppure quando il contro consultivo evidenzi un disavanzo. In caso di revoca, il Ministero provvede contestualmente con Decreto a nominare un Commissario per un periodo massimo di sei mesi; se il provvedimento è stato assunto per il disavanzo del conto consultivo, il decreto ministeriale deve contenere anche la previsione che il Commissario nominato provveda entro

³⁴¹ TACCOGNA G., *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro Amm. CDS*, 2008, p. 1313 ss.

³⁴² MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Aspetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 13.

sessanta giorni ad un piano di risanamento, il quale può contenere oneri aggiuntivi a carico delle merci sbarcate o imbarcate nel porto.

Per quanto riguarda le funzioni, il Presidente non solo ha la rappresentanza dell'Autorità e ne forma la volontà, ma è altresì titolare di quasi tutti i poteri attinenti all'amministrazione del demanio, fatto salvo il parere in questo caso non vincolante del Comitato, e della realizzazione delle infrastrutture. In particolare, il Presidente, essendo organo monocratico, può deliberare autonomamente su ogni tipo di operazione di riuso del territorio portuale, in applicazione delle disposizioni di cui al codice della navigazione, anche senza il parere favorevole del Comitato³⁴³.

Norma di riferimento per comprendere l'ampiezza dei poteri di questo organo nella struttura dell'Autorità portuale è l'art. 8 della legge n. 84/94, che individua in dettaglio tutte le funzioni ad esso attribuite, specificando se debbano essere esercitate autonomamente o in concerto con il Comitato Portuale³⁴⁴.

In particolare, Presidente dell'Autorità Portuale: a) presiede il Comitato Portuale; b) sottopone al Comitato Portuale, per l'approvazione, il piano operativo triennale; c) sottopone al Comitato Portuale, per l'adozione, il Piano Regolatore Portuale; d) sottopone al Comitato Portuale gli schemi di delibere riguardanti il bilancio preventivo e le relative variazioni, il conto consuntivo e il trattamento del Segretario Generale, nonché il recepimento degli accordi contrattuali relativi al personale della Segreteria tecnico-operativa; e) propone al Comitato Portuale gli schemi di delibere riguardanti le concessioni di cui all'articolo 6, comma 5; f) provvede al coordinamento delle attività svolte nel porto dalle pubbliche amministrazioni, nonché al coordinamento e al controllo delle attività soggette ad autorizzazione e concessione, e dei servizi portuali; (...); h) amministra le aree e i beni del demanio marittimo compresi nell'ambito della circoscrizione territoriale di cui all'articolo 6, comma 7, sulla base delle disposizioni di legge in materia, esercitando, sentito il Comitato Portuale, le attribuzioni stabilite negli articoli da 36 a 55 e 68 del Codice della Navigazione e nelle relative norme di attuazione; i) esercita le competenze attribuite all'Autorità Portuale dagli articoli 16 e 18 e rilascia, sentito il Comitato Portuale, le auto-

³⁴³ MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Aspetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 13.

³⁴⁴ Naturalmente, l'art. 8 della legge n. 84/94 deve essere letto in concerto con il già citato art. 6, relativo alle funzioni attribuite all'Autorità portuale.

rizzazioni e concessioni di cui agli stessi articoli quando queste abbiano durata non superiore a quattro anni, determinando l'ammontare dei relativi canoni, nel rispetto delle disposizioni contenute nei decreti del Ministro dei Trasporti e della Navigazione di cui, rispettivamente, all'articolo 16, comma 4, e all'articolo 18, commi 1 e 3; l) promuove l'istituzione dell'associazione del lavoro portuale di cui all'articolo 17; m) assicura la navigabilità nell'ambito portuale e provvede, con l'intervento del Servizio escavazione porti di cui all'articolo 26, e, in via subordinata, con le modalità di cui all'art. 6, comma 5, al mantenimento ed approfondimento dei fondali, fermo restando quanto disposto dall'art. 5, commi 8 e 9, sulla base di progetti sottoposti al visto del competente Ufficio speciale del Genio Civile per le opere marittime, nel rispetto della normativa sulla tutela ambientale, anche adottando, nei casi indifferibili di necessità ed urgenza, provvedimenti di carattere coattivo; nei casi di interventi urgenti e straordinari di escavazione provvede, anche ricorrendo a modalità diverse da quelle di cui all'art. 6, comma 5. Ai fini degli interventi di escavazione e manutenzione dei fondali, può indire, assumendone la presidenza, una conferenza di servizi con le amministrazioni interessate; n) esercita i compiti di proposta in materia di delimitazione delle zone franche, sentite l'Autorità Marittima e le amministrazioni locali interessate; n. bis) esercita ogni altra competenza che non sia attribuita dalla presente legge agli altri organi dell'Autorità Portuale.

Detta lettera, introdotta dal Decreto Legge 30 dicembre 1997, n. 457, convertito con modifiche in legge 27 febbraio 1998, n. 30³⁴⁵, ha rafforzato ulteriormente i poteri del Presidente dell'Autorità attribuendogli appunto, in via residuale, tutte le competenze non espressamente conferite agli altri organi. In virtù di questa disposizione, pertanto, quando la legge n. 84/94 fa generico riferimento all'esercizio di un'attività da parte dell'Autorità Portuale, senza precisazioni in ordine all'organo competente, si deve ritenere che l'esercizio di detta attività sia riconducibile alle funzioni riservate al Presidente.

In questo senso, può essere citato l'art. 18, comma 8, il quale, nel prevedere il potere dell'Autorità portuale di effettuare accertamenti con cadenza annuale per verificare il permanere dei requisiti in possesso al momento del rilascio della concessione e l'attuazione degli investimenti previsti, non determina l'organo competente, do-

³⁴⁵ Norma in *Gazz. Uff.*, 31 dicembre 1997, n. 303.

vendo pertanto desumersi che anche detta attribuzione vada riconosciuta al Presidente dell'Autorità portuale.

La centralità di quest'organo, inoltre, si può desumere dal fatto che la legge del 1994 riserva al Presidente l'esercizio di molti "atti a rilevanza esterna", quali i pareri e le proposte che formula al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti riguardo ai provvedimenti di classificazione dei porti (art. 4, comma 4), a quelli di revisione delle caratteristiche dimensionali, tipologiche e funzionali dei porti (art. 4, comma 6), nonché quelli di individuazione annuale delle opere di grande infrastrutturazione da realizzare nei porti di rilevanza economica nazionale e internazionale (art. 5, comma 10).

Infine, il Presidente svolge ulteriori funzioni che si desumono dalla lettura della legge n. 84/94; ad esempio, a norma dell'art. 18, comma 4, per le iniziative di maggiore rilevanza, egli può concludere, previa delibera del Comitato portuale, accordi sostitutivi delle concessioni demaniali, ai sensi dell'art. 11 della legge 241/1990 e, tali accordi, al pari delle concessioni, possono riguardare anche la realizzazione di opere infrastrutturali.

4.2 Il Comitato Portuale: funzioni e problematiche connesse all'efficienza dell'organo.

Il Comitato Portuale, unico organo collegiale dell'Autorità portuale, disciplinato dall'art. 8 della Legge n. 84/1994, rispecchia la natura ambivalente del porto, inteso sia come infrastruttura pubblica soggetta a vincoli amministrativi territoriali, sia come spazio a dimensione mercantile, ove operano le imprese³⁴⁶.

Così, accanto al Presidente dell'Autorità portuale, che all'interno del Comitato esercita essenzialmente funzioni di mediazione degli interessi coinvolti, fanno parte di questo organo: il Comandante del porto, che riveste la carica di vicepresidente, il dirigente dei servizi doganali, in rappresentanza del Ministero dell'Economia e delle Finanze; il dirigente del competente ufficio del genio civile, in rappresentanza del

³⁴⁶ Al riguardo, svolgono significative analisi dottrinali: ACQUARONE G., *Il piano regolatore delle Autorità portuale*, cit., p. 75; ANTONINI A., *Trattato breve di diritto marittimo*, Milano, p. 95 ss; CARBONE S.M. e MUNARI F., *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 164 ss; TACCOGNA G., *Le operazioni portuali del nuovo diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 648 ss.

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il Presidente della Giunta Regionale o un suo delegato³⁴⁷, il Presidente della Provincia, il Sindaco del Comune in cui si trova il porto o, nell'ipotesi in cui la circoscrizione territoriale dell'Autorità portuale comprenda più porti, i Sindaci dei Comuni ricompresi nella circoscrizione stessa.

Gli altri componenti del Comitato, invece, che rappresentano la dimensione mercantile del porto sono: il Presidente della Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura, sei rappresentanti delle principali categorie che operano nel porto³⁴⁸, sei rappresentanti dei lavoratori e, infine, un rappresentante delle imprese ferroviarie operanti nel porto.

La composizione eterogenea del Comitato ha causato problematiche relative al suo corretto funzionamento, a seguito delle quali sono state avanzate molteplici proposte di revisione legislativa rivolte, in particolare, a ridurre il numero dei suoi componenti, che ha di fatto rallentato l'assunzione di decisioni collegiali e ridotto in tal modo l'efficienza dell'organo.

Infatti, presupposto per il corretto funzionamento dell'organo è che i suoi membri possano esercitare in autonomia e nell'interesse dell'Autorità portuale le proprie funzioni. Di talchè, è necessario che essi non siano vincolati da alcun mandato imperativo e che, in presenza di un conflitto di interessi, si astengano dalla discussione e dalla votazione. Tale divieto, soprattutto per alcuni componenti, si traduce frequentemente nella impossibilità di prendere parte ai lavori del Comitato, che significa sostanzialmente un rallentamento degli stessi e della citata efficienza. Si pensi, infatti, che le sedute sono valide se è presente la metà più uno dei presenti. Si auspica, pertanto, un intervento sul punto, anche se nelle recenti proposte di riforma non si rinvenivano novità significative.

Riguardo alle funzioni, in linea generale, il Comitato portuale è chiamato ad assumere le decisioni sulle questioni più importanti che attengono alla gestione del porto, da una parte, e alla programmazione, dall'altra.

³⁴⁷ La possibilità di partecipazione di un delegato dal Presidente della Giunta Regionale è stata ritenuta legittima dalla Corte dei Conti, 5 novembre 1997, n. 44, in *Foro Amm.*, 1998, p. 1611 ss, ove si legge che il delegato è legittimato a partecipare “*alle riunioni del Comitato dell'Autorità portuale di Napoli*” anche se “*estraneo all'apparato della Regione Campania*” purchè sia stato “*all'uopo delegato dal Presidente della Regione stessa*”.

³⁴⁸ Armatori, industriali, imprenditori titolari di autorizzazioni ex art. 16 della legge n. 84/94 e di concessioni demaniali ai sensi dell'art. 18 della stessa legge, spedizionieri, agenti e raccomandatori marittimi, autotrasportatori operanti nell'ambito portuale.

Le funzioni del Comitato sono espressamente previste dall'art. 9, comma 3 della legge n. 84/94, il quale non prevede alcuna clausola di apertura come quella disposta per Presidente dell'Autorità portuale, con la conseguenza che le competenze indicate devono ritenersi tassative³⁴⁹.

Dunque, il Comitato Portuale: a) approva, entro novanta giorni dal suo insediamento, su proposta del Presidente, il piano operativo triennale, soggetto a revisione annuale, concernente le strategie di sviluppo delle attività portuali e gli interventi volti a garantire il rispetto degli obiettivi prefissati; b) adotta il piano regolatore portuale; c) approva la relazione annuale sull'attività promozionale, organizzativa ed operativa del porto, sulla gestione dei servizi di interesse generale e sulla manutenzione delle parti comuni nell'ambito portuale, nonché sull'amministrazione delle aree e dei beni del demanio marittimo ricadenti nella circoscrizione territoriale dell'Autorità Portuale, da inviare entro il 30 aprile dell'anno successivo al Ministero dei Trasporti e della Navigazione; d) approva il bilancio preventivo, obbligatoriamente in pareggio o in avanzo, le note di variazione ed il conto consuntivo; e) delibera in ordine alle concessioni di cui all'articolo 6, comma 5; f) esprime i pareri di cui all'articolo 8, comma 3, lettere h) e i); g) delibera, su proposta del Presidente, in ordine alle autorizzazioni e alle concessioni di cui agli articoli 16 e 18 di durata superiore ai quattro anni, determinando l'ammontare dei relativi canoni, nel rispetto delle disposizioni contenute nei decreti del Ministro dei Trasporti e della Navigazione di cui, rispettivamente all'articolo 16, comma 4, e all'articolo 18, commi 1 e 3; h) delibera, su proposta del Presidente, la nomina e l'eventuale revoca del Segretario Generale; i) delibera, su proposta del Presidente, sentito il Segretario Generale, l'organico della segreteria tecnico-operativa di cui all'articolo 10, allegando una relazione illustrativa delle esigenze di funzionalità che lo giustificano; l) delibera in materia di recepimento degli accordi contrattuali relativi al personale della segreteria tecnico-operativa di cui all'articolo 10; m) delibera in ordine agli accordi sostitutivi di cui all'articolo 18, comma 4; n) promuove e sovrintende all'attuazione delle norme di cui all'articolo

³⁴⁹ Sono numerose le sentenze che hanno escluso la competenza del Comitato portuale per funzioni non espressamente previste dalla norma di legge. Si veda, *ex multis*, TAR Sicilia, sez. III, 5 ottobre 2006, n. 1633, in *Foro Amm. TAR*, 2006, p. 3353 ss, secondo la quale “tra le attribuzioni del Comitato portuale non rientra (nemmeno in funzione consultiva), il coordinamento e la disciplina dei servizi portuali non espressamente menzionati tra quelli di cui all'art. 8, comma 3, lett. f), legge n. 84/1994 e tra questi il servizio chimico”.

23; n.bis) approva, su proposta del Presidente, il Regolamento di contabilità, da inviare al Ministero dei Trasporti e della Navigazione;n.ter) approva, su proposta del Presidente, la partecipazione delle Autorità Portuali alle Società di cui all'art. 6, comma 6³⁵⁰.

Al fine di esercitare le predette funzioni, il Comitato è depositario di rilevanti poteri nell'amministrazione del porto e, in particolare, nella programmazione delle aree, nella previsione delle opere strategiche ed nel rilascio delle concessioni marittime di maggior rilevanza³⁵¹. Pertanto, la rappresentanza del Comitato portuale di tutte le categorie produttive del porto rappresenta una importante influenza nei compiti di regolazione delle attività poste in essere dalle stesse categorie.

Anche se tale prerogativa rappresenta una delle cause della paralisi amministrativa, che si verifica quando le categorie produttive del porto bloccano l'attività dell'ente regolatore, occorre tuttavia ribadire che l'imparzialità della funzione pubblicistica sembra comunque garantita dal Presidente, quale organo tecnico, dotato di capacità professionali e deputato all'indipendenza, al quale, come visto, sono riservate la maggior parte delle funzioni di ordinaria amministrazione e, in generale, il controllo costante della correttezza delle operazioni svolte in ambito portuale. Va infatti detto che il parere del Comitato non sempre è vincolante, ma meramente consuntivo, come ad esempio per il rilascio delle concessioni. In questi casi, infatti, il Presidente, a norma dell'art. 8, comma 3, lett. h), non è vincolato al parere espresso dal Comitato portuale³⁵².

³⁵⁰ È necessario precisare che, in ogni caso, i poteri del Comitato portuale sono anche soggetti alla disciplina generale di cui alla legge 241/1990 sul procedimento amministrativo, la quale orienta l'attività amministrativa verso criteri più sostanziali e meno formali, rendendo altresì la funzione del Comitato portuale non sempre necessaria ai fini della legittimità dei provvedimenti amministrativi. Si veda, in tal senso, TAR Liguria, sez. I, 30 gennaio 2009, n. 138, in *Foro Amm. TAR*, 2009, p. 47 ss, la quale precisa che *“il mancato esame del prescritto parere del Comitato portuale non può comportare l'annullamento dell'atto dell'atto impugnato, posto che l'art. 21-octies della legge 7 agosto 1990, n. 241 non consente al giudice di annullare un provvedimento viziato da errori formali, quale va qualificato quello predetto, allorchè sia manifesto in giudizio che comunque l'amministrazione non avrebbe potuto provvedere diversamente in relazione al bene oggetto della vita”*.

³⁵¹ Riguardo a questo punto si è espresso il TAR Campania, sez. II, 27 febbraio 2006, n. 212, in *Foro Amm. TAR*, 2006, p. 721, secondo cui *“le competenze inerenti alla determinazione dei canoni demaniali sono ripartite tra gli organi che compongono la struttura organizzativa dell'Autorità portuale in base alla durata delle concessioni cui gli stessi si riferiscono; in particolare, ove la durata della concessione non superi il quadriennio, il potere determinativo è rimesso al Presidente dell'Autorità portuale, mentre è di pertinenza del Comitato portuale nel caso contrario”*.

³⁵² Si consideri, peraltro, che tali pareri sono stati ritenuti non impugnabili dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale *“in sede di procedimento diretto al rilascio della concessione di area de-*

4.3 Il Segretario generale e la segreteria tecnico-amministrativa.

Il Segretario generale rappresenta allo stesso tempo la massima espressione della burocrazia portuale, essendo un funzionario pubblico dipendente, inserito nella struttura della funzione pubblica e preposto all'amministrazione, e una forte legittimazione del Comitato Portuale³⁵³.

L'attuale art. 10 della Legge n. 84/1994³⁵⁴, infatti, prevede nell'apparato burocratico un Segretario che sia pienamente legittimato dagli stessi enti che concorrono ad esprimere la figura del Presidente dell'Autorità portuale, in modo tale da rafforzare ancora di più il potere di quest'ultimo. Tanto che il Segretario è nominato dal Comitato su proposta del Presidente, anch'egli scelto "tra esperti di comprovata qualificazione professionale nel settore disciplinato dalla presente legge" ed è assunto con contratto di diritto privato³⁵⁵, di durata quadriennale, con la possibilità di rinnovo per una sola volta (art. 10, comma 2). Rispetto ai requisiti professionali che il candidato Segretario deve avere, la locuzione utilizzata dal legislatore "dalla presente legge" è senz'altro diversa da quella riservata al Presidente, la cui competenza deve essere riferita non solo al settore portuale, ma anche al settore dell'economia e dei trasporti. Tale diversità risponde ai compiti di maggiore responsabilità e indipendenza cui deve rispondere il Presidente, rispetto al Segretario, che invece è una figura più operativa e strettamente portuale³⁵⁶.

maniale marittima, non è configurabile un onere di immediata impugnazione del parere espresso dal Comitato portuale ai sensi dell'art. 8, comma 3, lett. h), legge 28 gennaio 1994, n. 84, trattandosi di atto endoprocedimentale, obbligatorio, ma non vincolante, come tale non autonomamente lesivo". Così TAR Campania, sez. IV, 23 settembre 2003, n. 11553, in Foro Amm. TAR, 2003, p. 2713 ss.

³⁵³ MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Aspetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 18.

³⁵⁴ Come novellato dall'art. 2 del Decreto Legge 21 ottobre 1996, n. 535, in Gazz. Uff., 22 ottobre 1996, n. 248, convertito in legge 23 dicembre 1996, n. 647, in Gazz. Uff., 23 dicembre 1996, n. 300.

³⁵⁵ La natura privatistica del rapporto di lavoro è stata precisata dalla Cass. Civ., sez. lav., 14 novembre 2000, n. 13729, in Giust. Civ. mass., 2000, p. 2142 ss: "le Autorità portuali di cui alla legge n. 84 del 1994 rientrano nella categoria degli enti pubblici economici, con la conseguenza che siffatta qualifica incide non solo sull'assetto economico e organizzativo dell'ente, ma anche sul regime sostanziale e processuale dei rapporti di lavoro del personale dipendente, cui si applicano gli artt. 2093 c.c. e 409 n. 4 c.p.c. avendo essi – ivi compreso il rapporto con il Segretario generale – natura privatistica".

³⁵⁶ I requisiti del Segretario Generale devono essere specificati nell'atto di nomina, non essendo possibile indicare genericamente il possesso delle caratteristiche richieste dalla legge. Così TAR Sicilia, sez. I, 14 marzo 2002, n. 493, in For. Amm. TAR, 2002, p. 1104 ss.

La natura prevalentemente fiduciaria del rapporto tra Presidente e Segretario ha dato luogo ad alcune questioni relative alla prosecuzione dell'attività di quest'ultimo in caso di scadenza non coincidente con quella del primo. La lettura della legge non consente di ritenere che le due figure debbano necessariamente essere simultanee, tuttavia, è chiaro che, per via della natura del rapporto, il Presidente neoeletto possa facilmente sostituire il Segretario generale ben prima della naturale scadenza del contratto. In tal senso, si è pronunciata più volte la giurisprudenza amministrativa³⁵⁷, la quale ha ammesso che il Segretario può essere rimosso in qualsiasi momento dall'incarico su proposta del Presidente, con delibera del Comitato.

Al pari del Comitato portuale, la legge n. 84/94 individua un elenco tassativo delle funzioni attribuite al Segretario Generale: a) è preposto alla segreteria tecnico-operativa; b) provvede agli adempimenti necessari al funzionamento dell'Autorità Portuale; c) cura l'istruttoria degli atti di competenza del Presidente e del Comitato Portuale; d) cura i rapporti, ai fini del coordinamento delle rispettive attività, con le amministrazioni statali, regionali e degli enti locali; e) cura l'attuazione delle direttive del Presidente e del Comitato Portuale; f) elabora il piano regolatore portuale, avvalendosi della segreteria tecnico-operativa; g) riferisce al Comitato Portuale sullo stato di attuazione dei piani di intervento e di sviluppo delle strutture portuali e sull'organizzazione economico-produttiva delle attività portuali; h) provvede alla tenuta dei registri di cui all'articolo 24, comma 2.

Da notarsi che, secondo la lettera c) delle citate funzioni, gli atti di competenza del Presidente e del Comitato portuale devono sempre essere preceduti da un'istruttoria che è di personale competenza del Segretario generale, a garanzia della correttezza delle procedure interne all'Autorità portuale sia nei confronti dello Stato³⁵⁸ che dei cittadini e delle imprese³⁵⁹. Per gli stessi fini, il Segretario generale deve possedere specifiche competenze di supporto alle attività del Presidente e del Comi-

³⁵⁷ Si legga, *ex multis*, TAR Friuli Venezia Giulia, 26 febbraio 1999, n 146, in Foro Amm., 2000, p. 162 ss: *“la rimozione dall'incarico di Segretario Generale dell'Autorità portuali di Trieste anche se non sufficientemente motivata in relazione alla revoca delle funzioni è legittima, in consequenziale alla cessazione del rapporto di fiducia e collaborazione tra Presidente e Segretario, indipendentemente dai risultati gestionali e senza implicazioni di carattere negativo sulle capacità del Segretario rimosso”*.

³⁵⁸ Negli ultimi anni, il controllo della Corte dei Conti sull'operato delle Autorità portuali si è intensificato attraverso l'apertura di numerosi procedimenti a carico dei Presidenti e dei Segretari Generali.

³⁵⁹ La tutela giuridica dei cittadini si pone come interesse legittimo pretensivo.

tato portuale non solo in riferimento alla fase genetica dei provvedimenti, ma anche nella loro esecuzione a seguito delle direttive impartite dal Presidente e dal Comitato portuale. L'attività del Segretario, sia nella fase genetica che in quella esecutiva, avviene anche per le funzioni pianificatorie e programmatiche dell'Autorità portuale, essendo egli responsabile dell'elaborazione del Piano Regolatore Portuale³⁶⁰.

La funzione di cui alla lettera d), invece, è espressione del più generale principio di leale collaborazione con le amministrazioni statali, regionali, e locali.

Sul piano strettamente laburistico, la citata lettera h) prevede che il Segretario debba tenere i registri dei lavoratori delle imprese operanti in porto, nonché i dipendenti delle associazioni per la fornitura del lavoro portuale temporaneo, previsti dall'art. 17 della legge n. 84/94.

Rientra inoltre tra i compiti del Segretario quello di garantire il buon andamento dell'Amministrazione, in coerenza con l'art. 97 della Costituzione, attraverso il compimento degli adempimenti necessari al funzionamento dell'Autorità portuale³⁶¹.

Infine, il Segretario è al vertice della segreteria tecnico-operativa, di cui si avvale per l'assistenza quotidiana al Presidente. La disciplina contenuta nella legge del 1994 è assai scarna riguardo al ruolo della segreteria e alla sua composizione, limitandosi ad affermare che deve essere impiegato il personale proveniente dalle Organizzazioni portuali. Per quanto riguarda il numero e i requisiti che il personale deve possedere la legge n. 84/94 prevede che siano determinati in relazione alle specifiche esigenze di ciascuno scalo. La delibera con la quale il Presidente ed il Comitato portuale determinano l'organico della Segreteria è sottoposta al controllo dell'Autorità di vigilanza, ossia del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e tale delibera diviene esecutiva se il Ministero non interviene entro 45 giorni dal suo ricevimento. I rapporti di lavoro dei dipendenti sono regolati dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. È pertanto rilevante la contrattazione collettiva basata su accordi sindacali, stipulati dall'Associazioni rappresentativa delle Autorità portua-

³⁶⁰ Il Piano Regolatore deve comunque essere adottato dal Comitato portuale secondo la previsione e la procedura di cui all'art. 5 della legge n. 84/94.

³⁶¹ MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Aspetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 20.

li³⁶² per la parte datoriale e dalle organizzazioni nazionali sindacali maggiormente rappresentative del personale delle Autorità portuali per la parte sindacale.

4.4 Il Collegio dei Revisori dei Conti e la Commissione consultiva: rispettivi ruoli nell'assetto istituzionale dell'Autorità portuale.

Accanto gli organi del Presidente, del Comitato portuale e del Segretario Generale, la legge n. 84/94 annovera anche il Collegio dei Revisori dei Conti, previsto dall'art. 11, che è essenzialmente un organo tecnico, composto da tre membri effettivi e tre supplenti, nominati con Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, anche se un membro effettivo, con funzioni di Presidente, ed uno supplente sono nominati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Il Collegio resta in carica per quattro anni, anche se la legge non specifica alcunchè sulla possibilità di rinnovo, ed i suoi componenti, a differenza delle previsioni per gli organi del Presidente e del Segretario, devono avere una competenza specifica, ovvero l'iscrizione all'albo dei revisori ufficiali dei conti.

Compito del Collegio è quello di esercitare una generica attività di controllo sugli atti dell'Autorità portuale e sulla gestione, accertamento che comprende la verifica sulla "regolare tenuta dei libri e delle scritture contabili", oltre a quella trimestrale della cassa. Al tal fine, il Collegio "redige una relazione sul conto consuntivo e riferisce periodicamente al Ministro dei Trasporti e della Navigazione" ed "assiste alle riunioni del Comitato portuale con almeno uno dei suoi membri".

Completano il quadro istituzionale delle Autorità portuali le Commissioni Consultive e la Commissione Consultiva Centrale, le quali, sebbene non rientrino nel novero degli organi dell'Autorità portuale previsti dalla legge n. 84/94, svolgono importanti funzioni relativamente alla gestione del porto.

Le prime, istituite in ogni singolo porto, sono composte da cinque rappresentanti dei lavoratori delle imprese che operano nel porto, da un rappresentante dei dipendenti dell'Autorità portuale e da sei rappresentanti delle categorie imprenditoriali, designati secondo le procedure previste per il Comitato portuale³⁶³; esse sono presiedu-

³⁶² L'Assoporti, Associazione Porti Italiani, rappresenta circa 40 porti nazionali, tra i quali figurano i maggiori scali marittimi amministrati dalle Autorità portuali.

³⁶³ Lo stesso soggetto può essere contemporaneamente membro del Comitato portuale e della Commissione consultiva. Si veda TAR Puglia, sez. I, 1 dicembre 2004, n. 1370, *cit.*.

te dal Presidente dell’Autorità portuale e, ove questa non sia costituita, dal Comandante del porto.

Tali Commissioni svolgono funzioni consultive e, in particolare, sono chiamate ad intervenire su questioni attinenti il rilascio, la sospensione e la revoca delle autorizzazioni e delle concessioni, l’organizzazione del lavoro in porto, gli organici delle imprese, l’avviamento della manodopera e la formazione professionale dei lavoratori.

I pareri delle Commissioni consultive sono obbligatori, ma non vincolanti sulla sussistenza dei requisiti tecnici richiesti dall’art. 16, relativamente al rilascio delle autorizzazioni; va da sé che l’omessa acquisizione del parere comporta l’annullabilità del provvedimento decisivo finale³⁶⁴. Al pari viene considerato l’intervento per il rilascio delle concessioni, anche se, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, non è chiaro il momento in cui la Commissione deve essere consultata.

La Commissione consultiva centrale svolge un ruolo di supporto a tutte le pubbliche amministrazioni, sia a livello nazionale che locale, aventi competenza in materia portuale. Sono componenti della Commissione centrale: il Direttore Generale del lavoro marittimo e portuale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che la presiede, sei rappresentanti delle categorie imprenditoriali e sei rappresentanti delle organizzazioni sindacali. Fanno inoltre parte della Commissione centrale alcuni delegati delle principali amministrazioni pubbliche³⁶⁵, con competenza specifica nelle questioni portuali, sia in riferimento alle attività produttive e ai lavoratori che ai profili urbanistici e di sicurezza.

Anche i pareri della Commissione centrale sono obbligatori, ma non vincolanti e riguardano le questioni attinenti all’organizzazione portuale, alla sicurezza e all’igiene del lavoro, ad essa sottoposte dal Ministero dei Trasporti e della Naviga-

³⁶⁴ Si veda, in tal senso, TAR Friuli Venezia Giulia, 23 aprile 2001, n.180, *cit.*. Il procedimento è sottoposto comunque alle norme generali di cui alla legge 242/1990 e soggiace quindi alla regola del silenzio-assenso. TAR Friuli Venezia Giulia, 26 marzo 1997, n. 269, in *Foro amm.*, 1997, p. 3179 ss: “*ai sensi del combinato disposto degli art. 16 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e 4 d.m. 31 marzo 1995, n. 585, è legittima l’autorizzazione all’espletamento di operazioni portuali per conto terzi rilasciata una volta scaduto il termine di 30 giorni per l’espressione del prescritto parere della Commissione consultiva locale, nel caso in cui tale parere sia stato espresso non validamente*”.

³⁶⁵ Si tratta di tre rappresentanti delle Regioni Marittime designati dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano; da un dirigente del Ministero dei Trasporti e della Navigazione, da un ufficiale superiore del comando generale del corpo di capitaneria di porto; da un dirigente del Ministero del lavoro e della Previdenza sociale; da un dirigente del Ministero della Sanità e dal Presidente dell’Associazione porti italiani.

zione ovvero dalle Autorità portuali, dalle Autorità Marittime e dalle Commissioni Consultive locali.

5. Le aree portuali: natura, sfruttamento e pianificazione delle attività.

Occorre innanzitutto precisare che è comune l'affermazione secondo la quale l'ordinamento italiano non fornisca una definizione specifica di porto³⁶⁶, in quanto l'art. 822, comma 1, del codice civile si limita ad affermarne il carattere demaniale, al pari dei lidi, delle spiagge e delle rade, senza tuttavia precisarne la definizione: "Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti (...)".

Secondo alcuni commentatori³⁶⁷ la definizione si rinverrebbe nei provvedimenti comunitari, come ad esempio nella proposta di Regolamento già citata sull'accesso al mercato dei servizi portuali e la trasparenza finanziaria dei porti (COM(2013)296 final, art. 2.16), che ricalca la definizione di porto contenuta nella più remota proposta di Direttiva sull'accesso al mercato dei servizi portuali (n. 2001/C 154E/30), la quale, all'art. 4, definisce il porto marittimo come "una zona di terra e di mare appositamente predisposta e dotata di attrezzature che le consentono, in via principale, di accogliere naviglio, effettuare operazioni di carico, scarico, trasbordo e deposito di merci, di presa in consegna e riconsegna di tali merci per il trasporto terrestre, l'imbarco e lo sbarco dei passeggeri".

Sembra corretto seguire questo orientamento, al fine di adottare una definizione di porto conforme alla logica e alla funzione che di fatto esso svolge. In questa prospettiva, appaiono fondamentali due elementi: da una parte, l'esistenza di un minimo di servizi di supporto ai natanti per le operazioni di ormeggio, sosta, sbarco/imbarco

³⁶⁶ ACQUARONE V., *La regolamentazione delle concessioni demaniali portuali*, relazione presentata a Nola il 24 ottobre 2014, nell'ambito dei "Venerdì di diritto e pratica tributaria", p. 9 ss. Anche se nell'ordinamento italiano non si riscontra una definizione espressa di porto, si deve segnalare che l'art. 4 della legge n. 84/94 prevede che "I porti marittimi nazionali sono ripartiti nelle seguenti categorie e classi: a) categoria I: porti, o specifiche aree portuali, finalizzati alla difesa militare e alla sicurezza dello Stato; b) categoria II, classe I: porti, o specifiche aree portuali, di rilevanza economica internazionale; c) categoria II, classe II: porti, o specifiche aree portuali, di rilevanza economica nazionale; d) categoria II, classe III: porti, o specifiche aree portuali, di rilevanza economica regionale e interregionale".

³⁶⁷ VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, cit., p. 258.

delle merci, e, dall'altra, la presenza di un organismo incaricato di sovrintendere la gestione delle aree portuali e di coordinare e controllare lo svolgimento delle varie attività che concorrono al funzionamento del porto stesso³⁶⁸.

D'altra parte, sarebbe impensabile adottare una definizione di porto per le aree ove non esistono attrezzature idonee per le attività di carico e scarico delle merci o dei passeggeri, o prive dei servizi a terra necessari per lo svolgimento di queste operazioni, o ancora ove non vi sia un organismo responsabile della gestione o del controllo delle stesse.

Peraltro, la presenza, ai fini dell'applicazione della normativa specifica sui porti, di un insieme di strutture e di un organismo, responsabile della loro utilizzazione, porta ad escludere che si possa parlare di porto riguardo alle zone relativamente protette, ma prive dei servizi indispensabili per l'assistenza ai natanti. Tale precisazione fa sì che si possa distinguere, nel più vasto ambito del demanio marittimo, il demanio portuale³⁶⁹, riservando quest'ultimo concetto appunto a quelle zone di mare e agli spazi di terra che costituiscono i limiti entro i quali gli organismi gestori dei porti possono esercitare le loro funzioni³⁷⁰. Questi limiti, nell'ordinamento italiano, sono definiti, secondo l'art. 6, comma 7, della legge n. 84/94, dalla circoscrizione territoriale di ciascuna Autorità portuali, o marittima, definita dal Ministero dei Trasporti e della Navigazione con apposito decreto.

La nozione proposta apre l'argomento su uno degli istituti più dibattuti nel sistema italiano, ovvero il titolo di utilizzo delle aree portuali, stante la divergenza di prospettiva tra il modello pubblicistico ed il modello privatistico³⁷¹.

Nell'ordinamento italiano, infatti, la natura pubblica del porto implica alcune conseguenze di rilievo rispetto all'accesso delle aree portuali; la legge di riforma, infatti, ha introdotto un modello gestionale in cui il soggetto pubblico, ovvero l'Autorità Portuale, ha il potere di controllare e amministrare le aree portuali, senza

³⁶⁸ VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, cit., p. 259.

³⁶⁹ Per una ricostruzione sulle conseguenze della natura demaniale del porto, si vedano: BENVENUTI L., *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, p. 155 ss; AVANZI S., *Il nuovo demanio*, Torino, 2000; GRECO A., *Demanio Marittimo ed assetto territoriale: recenti tendenze e proposte, in materia di Porti, mare e territorio*, 1979, p. 57 ss; ESPOSITO M., *I beni pubblici*, in *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE M., Torino 2008; POLICE A., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008.

³⁷⁰ VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, cit., p. 259.

³⁷¹ Si vedano in tal senso le conclusioni proposte da CARBONE S. M., MUNARI F., *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit.

operarvi direttamente nessuna attività che esuli dalla gestione, e ha previsto la concessione ai privati degli spazi necessari a sviluppare i servizi portuali. L'affidamento delle aree può avvenire in via esclusiva, utilizzando lo strumento amministrativo della concessione, oppure lo spazio portuale può rimanere pubblico e lasciato all'utilizzo di differenti soggetti privati. In genere, però, quasi tutte le aree portuali sono lasciate in concessione, al fine di permettere un miglior sfruttamento degli spazi ed una maggiore specializzazione delle attività operate sugli stessi.

Il vigente assetto normativo ha comunque permesso la realizzazione di una significativa privatizzazione dei porti³⁷², consentendo l'utilizzo delle aree demaniali ai soggetti più idonei a massimizzarne le utilità. Il dato trova conferma nelle recenti proposte di riforma, ad esempio, in quella relativa all'introduzione dei criteri per l'assegnazione degli spazi portuali, con riferimento all'impresa più efficiente e maggiormente idonea a realizzare gli investimenti. In ogni caso, è confermato dallo stesso art. 18 della legge n. 84/94, il quale impone che il provvedimento concessorio debba essere adottato all'esito di una selezione effettuata tramite gara pubblica, la quale, a sua volta, deve essere preceduta da idonee forme di pubblicità. Peraltro, tale definizione si considera superflua, o meramente narrativa³⁷³, in virtù del principio generale di non discriminazione dettato dall'Unione Europea³⁷⁴ e, in quanto tale, vincolante per il nostro diritto interno. Si riconosce comunque importanza alla formulazione normativa espressa, la quale garantisce maggior garanzia di effettività del diritto comunitario all'interno del sistema italiano. Altre proposte di riforma sono state avanzate ad opera della Commissione trasporti della Camera nel 2009³⁷⁵, volte a consentire la sdemanializzazione delle aree portuali attraverso una procedura *ad hoc* ad impulso dell'Autorità portuale: il provvedimento, a tal fine necessario, prevedeva un *iter* che iniziava con l'adozione da parte di un'apposita conferenza di servizi, con la partecipazione dell'Autorità portuale, dell'Autorità marittima, dell'Agenzia del De-

³⁷² CARBONE S. M., *La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *Pubblico e Privato nella portualità mediterranea*, Atti della Tavola Rotonda del 29 gennaio 2000, in *Dir. Mar.*, 2000, p. 338.

³⁷³ MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Assetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 66.

³⁷⁴ TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 103 e ss. In giurisprudenza, Sentenza C-46 e C-48/93 del 5 marzo 1996, in *Racc.*, 1996, p. I-1029.

³⁷⁵ Si legga il commento su tali proposte di riforma di CARBONE S.M. e MARESCA D., *Prospettive di riforma della legislazione in materia portuale*, cit., p. 1058 e ss

manio, delle Regioni e del Comune dei territori interessati. Elemento fondamentale del procedimento finalizzato alla sdemanializzazione doveva essere la destinazione delle aree a funzioni commerciali e/o urbane, ad opera del Piano regolatore.

Con l'adozione di tale provvedimento è chiaro che, da una parte, la desmanializzazione avrebbe potuto determinare il rischio di non perseguimento delle finalità pubblicistiche e dell'uso pubblico del mare e, dall'altro, avrebbe potuto aprire nuove possibilità per la portualità italiana, con possibilità di gestione più flessibili delle aree, permettendo altresì l'esercizio di attività produttive all'interno del porto, non più tramite le tradizionali concessioni demaniali, bensì attraverso veri e propri contratti di diritto privato.

Peraltro, tale possibilità è già utilizzata in molti Paesi europei, sia di *common law*³⁷⁶ che di *civil law*, dove le imprese terminaliste utilizzano le aree portuali con contratti di *leaseholds*³⁷⁷, ovvero affitti a lungo termine che consentono una gestione privatistica delle aree, che in ogni caso devono essere utilizzate con il vincolo di destinazione e con l'obbligo di rispettare le condizioni contrattuali relative alla valorizzazione e all'efficace utilizzo del bene. In particolare, l'applicazione del *leashold* si è inserita perfettamente nella gestione e nello sviluppo dei traffici dei porti del Nord

³⁷⁶ Si pensi che i porti inglesi sono stati investiti, fin dal 1981, da un programma di privatizzazione che non è ancora del tutto terminato. Attualmente, i porti sono distinti in tre gruppi: a) i porti gestiti come imprese private, che hanno piena responsabilità dei costi e dei risultati della gestione, come ad esempio quello di Southampton, gestito dalla *Southampton Associated British Ports*, una società privata controllata dalla *Associated British Ports Holding*. Questa società, privatizzata dal 1983, gestisce, oltre Southampton, altri 22 porti, che hanno quindi anch'essi il carattere di impresa privata; b) i *Trust ports*, ovvero porti di medio – piccola dimensione gestiti da appositi enti (i *Trusts*) tenuti ad alcuni vincoli di pubblicità dei loro bilanci e dei loro piani; c) i porti municipali, gestiti dalle comunità locali mediante appositi comitati. Per un'indagine sui diversi porti europei si veda: VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, cit..

³⁷⁷ Il *leasehold* ha origine e trova maggiore applicazione nei Paesi di *Common Law*, anche se ha avuto importanti applicazioni nei Paesi di *Civil Law*, come ad esempio in Olanda. Tale modalità di utilizzo di può rinvenire infatti nel Porto di Rotterdam, in cui i terminal portuali sono utilizzati attraverso un contratto privatistico stipulato con le Port Authorities, che sono società di capitali. Tali contratti, nel codice civile olandese sono identificati come “*long leasholder*”, ossia “*a limited property right which gives its proprietor, the leaseholder, the right to hold and use an immovable thing of someone else*”. Per un approfondimento sul punto, si vedano: LUPOI M., *Appunti sulla Real Property e sul Trust*, Milano, 1971; GAMBARO A., *La proprietà nel diritto anglo-americano*, in CANDIAN A., GAMBARO B., POZZO B., *Property, Proprietà, Eigentum*, Padova, 1992, p. 60 ss; MATTEI U., *Common Law: Il diritto anglo-americano*, in *Trattato di dir. comp.*, diretto da SACCO R., Torino, 1992, p. 326; MOC-CIA L., *Glossario per uno studio di common law*, Milano, 1993; DE VITA A., voce *Lease*, in *Digesto civ.*, X, Torino, p. 443 ss; PANFORTI M. D., *La vendita immobiliare nel sistema inglese: storia di un problema nell'analisi comparata*, Milano, 1992; PUGLIESE G., voce *Property*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma.

Europa, grazie anche alla facilità di remunerazione degli investimenti che essa consente³⁷⁸.

La proposta, tuttavia, non ha trovato alcun seguito nel panorama legislativo nazionale e l'Italia non pare ancora pronta ad accogliere il passaggio dal regime demaniale a quello privatistico di una parte delle aree portuali. A tal proposito, vi è chi sostiene addirittura che con la desmanializzazione verrebbe meno la possibilità di controllo delle aree stesse da parte delle Autorità portuali, in virtù dei poteri autoritativi ad esse riconosciuti, e si aprirebbe eccessivamente la strada all'esercizio dell'autonomia privata.

Che l'Italia non sia pronta ad accogliere tali modelli è ulteriormente dimostrato dal fatto che la cultura portuale non abbia ancora fatto entrare definitivamente nella prassi i cosiddetti accordi sostitutivi previsti dall'art. 18, comma 4, della legge n. 84/1994, sollecitati dalla Commissione europea nel citato Libro Verde "Sulla modernizzazione della politica dell'U.E. in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti", il quale consente al Presidente dell'Autorità portuale di "concludere, previa delibera del Comitato portuale, con le modalità di cui al comma 1, accordi sostitutivi della concessione demaniale ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241"³⁷⁹.

Un ulteriore aspetto su cui ci si deve soffermare riguarda la pianificazione delle attività e delle aree portuali, espressamente prevista dall'art. 5 della legge n. 84/94. Tale previsione assegna al Piano regolatore portuale la funzione di determinare ambito ed assetto complessivo del porto, ivi comprese le aree destinate alla produzione industriale, all'attività cantieristica ed alle infrastrutture stradali e ferroviarie, nonché le caratteristiche e la destinazione funzionale delle aree interessate, perseguendo anche un'adeguata armonizzazione del Piano regolatore portuale con la pianificazione urbanistica³⁸⁰.

³⁷⁸ Sull'aspetto economico-finanziario derivante dall'applicazione del *leasehold* si veda: FARRELL S., *Financing European Transport Infrastructure*, Londra, 1999.

³⁷⁹ Sul rapporto tra art. 18, comma 4, della legge n. 84/94 e art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, si leggano le considerazioni svolte da PERICU G., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, IV ed., p. 317 ss.

³⁸⁰ ACQUARONE G., *Il Piano regolatore delle Autorità portuali*, cit.; ROMAGNOLI A., *Il Piano regolatore portuale*, in *Dir. trasp.*, 2003, p. 61 ss.

Il concetto cardine del dettato normativo è l'“ambito portuale”, poiché esso tratteggia le linee di delimitazione delle aree sulle quali sono materialmente esercitate le competenze amministrative dell'Autorità portuale, infatti, anche se il punto è a tutt'oggi controverso in dottrina³⁸¹, si può affermare che attraverso il Piano regolatore vengono definite le opere portuali e le relative attività, sia dal punto di vista funzionale che territoriale, delimitando così gli spazi portuali, con la conseguente delimitazione dell'ambito portuale.

Pertanto, una volta delimitato l'assetto territoriale del porto, il Piano regolatore individua, a norma del comma dell'art. 5 della legge n. 84/94, le caratteristiche e la destinazione delle aree interessate, che non possono contrastare con gli strumenti urbanistici vigenti, da ritenersi vincolanti per la stessa amministrazione, la quale non può discostarsene senza valide e motivate ragioni³⁸².

Nei porti in cui è istituita l'Autorità Portuale, il piano regolatore è adottato dal Comitato portuale, previa intesa con il Comune o i Comuni interessati, mentre nei porti dove non è istituita l'Autorità Portuale, il piano regolatore è adottato dall'Autorità Marittima, previa intesa con il Comune o i Comuni interessati³⁸³. Il piano è quindi inviato per il parere al Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, che si esprime entro quarantacinque giorni dal ricevimento dell'atto. Decorso inutilmente tale termine, il parere si intende reso in senso favorevole e, conseguentemente, il

³⁸¹ ACQUARONE G., *Il Piano regolatore delle Autorità portuali*, cit., p. 364; CAIANELLO V., *Pianificazione dei porti e pianificazione urbanistica: strumenti giuridici di coordinamento*, in *Foro amm.*, 1986, p. 1572 ss; CASANOVA M., *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano, 1986, p. 73 ss; VESPASIANI T., *Piani regolatori portuali e disciplina urbanistica: un rapporto non ancora chiaramente definito*, in *App. Urb. Ed.*, 1999, p. 131.

³⁸² In tal modo si è espresso il Cons. Giust. Amm. Sic., 2 luglio 1997, n. 242, in *Foro Amm.*, 1997, p. 3145.

³⁸³ Il fatto che non sia indicato espressamente alcun termine per il raggiungimento dell'impresa tra l'Autorità portuale e il Comune o i Comuni interessati non significa che non vi sia una regolazione dei rapporti tra gli enti per l'adozione del Piano regolatore. Essendo l'intesa un momento fondamentale per l'adozione del Piano, l'eccessiva durata del procedimento comporterebbe una condotta omissiva di una amministrazione, legittimante l'intervento dello Stato ai sensi dell'art. 120 della Costituzione: “Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali”. Comunque, gli eventuali contrasti possono essere risolti in sede di Conferenza di Servizi appositamente convocata.

Piano regolatore è sottoposto alla procedura per la valutazione dell'impatto ambientale ed è quindi approvato dalla Regione³⁸⁴.

Va, inoltre, precisato che, a seguito dell'approvazione della Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001³⁸⁵, entrata in vigore il 31 luglio 2004 e recepita in Italia a partire dal 31 luglio 2007³⁸⁶, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, per l'approvazione del Piano regolatore che preveda la realizzazione di opere che incontrano i requisiti richiesti dalla direttiva europea, non è più sufficiente la predetta valutazione, essendo obbligatoria anche la Valutazione Ambientale Strategica (VAS), al fine di verificare la rispondenza delle finalità del Piano con gli obiettivi dello sviluppo sostenibile.

6. La disciplina delle concessioni portuali italiane tra diritto interno e diritto europeo.

La disciplina interna delle concessioni portuali è il risultato di una stratificazione normativa frutto sia della commistione di più norme di legge tra di loro sia di una rielaborazione sostanziale dell'art. 18 della legge n. 84/94, che fino ad oggi è stato oggetto di ben quattro modifiche.

Seguendo un ordine cronologico, occorre partire dal Codice della Navigazione³⁸⁷, il cui art. 36 disciplina le concessioni demaniali marittime, prevedendo che l'Amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, possa concedere l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo. La procedura per il rilascio della concessione inizia ad impulso del soggetto interessato (privato), il quale può presentare un'apposita domanda sulla base dell'art. 9 del Regolamento attuativo del Codice della Navigazione, secondo cui "chiunque intenda occupare per qualsiasi uso zone del demanio marittimo o del mare territoriale o pertinenze demaniali marittime, o apportarvi innovazioni, o recare limitazioni agli usi cui esse sono destinate, deve

³⁸⁴ Così dispongono i comma 3 e 4 dell'art. 5 della legge n. 84/94.

³⁸⁵ In *GUCE*, 21 luglio 2001, n. L 197, p. 30 ss.

³⁸⁶ In Italia la Direttiva europea 2001/42/CE è stata recepita con l'entrata in vigore della Parte Seconda de D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, "Norme in materia ambientale" (Codice ambiente). Successivamente, il D. Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 ("Correttivo") ha introdotto modifiche alla parte seconda del D. Lgs. 152/2006 ed è entrato in vigore il 13 febbraio 2008.

³⁸⁷ Approvato con R.D. del 30 marzo 1942 n. 327.

presentare domanda al capo del compartimento competente per territorio”³⁸⁸. La procedura prescrive, inoltre, che qualora vi siano più istanze per la stessa zona, la domanda debba essere pubblicata a cura dell’Amministrazione, affinché qualunque interessato possa presentare osservazioni o ulteriori domande concorrenti. Tuttavia, il codice non specifica i criteri di aggiudicazione della concessione, limitandosi a prevedere all’art. 37 che “Nel caso di più domande di concessione è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell’amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico”. Detto criterio corrisponde senz’altro all’offerta di maggiori garanzie di utilizzo del terminale in termini di traffico³⁸⁹.

Secondo il legislatore del 1994, tale procedura doveva essere sostituita dal summenzionato art. 18, la cui formulazione originaria prevedeva che: “l’Autorità portuale o, laddove non istituita, l’Autorità marittima danno in concessione le aree demaniali e le banchine comprese nell’ambito portuale alle imprese di cui all’articolo 16, comma 3, per l’espletamento delle operazioni portuali nonché di attività relative ai passeggeri e di servizi di preminente interesse commerciale ed industriale, fatta salva l’utilizzazione di immobili demaniali da parte di amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di funzioni attinenti ad attività marittime e portuali (...) le concessioni sono affidate, previa determinazione dei relativi canoni, sulla base di idonee forme di pubblicità, stabilite dal Ministro dei Trasporti e della Navigazione³⁹⁰ con proprio decreto. Con il medesimo decreto sono altresì indicati: a) la durata della concessione, i poteri di vigilanza e controllo delle autorità concedenti, le modalità di rinnovo della concessione ovvero di cessione degli impianti a nuovo concessionario; b) i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare in rapporto alla durata della concessione, agli investimenti previsti, al valore delle aree e degli impianti utilizzabili, ovvero al solo valore delle aree qualora il concessionario rilevi gli impianti all’atto della concessione”, per cui la prima parte della disposizione individuava le finalità sottese al rilascio della concessione, mentre la seconda stabiliva i criteri per l’affidamento delle stesse.

³⁸⁸ Approvato con D.P.R. del 15 febbraio 1952 n. 328.

³⁸⁹ MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Aspetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell’Unione Europea*, cit., p. 113.

³⁹⁰ Oggi Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Succeivamente, il D.L. 21 ottobre 1996, n. 535, convertito in legge il 23 dicembre 1996 ha riformulato l'art. 18, inserendo il riferimento ai “servizi in generale, in luogo alle “attività relative ai passeggeri e di servizi di preminente interesse commerciale ed industriale”; la sottoposizione al regime dell'art. 18 della concessione per la “realizzazione e la gestione di opere attinenti alle attività marittime e portuali collocate a mare nell'ambito degli specchi acquei esterni alle difese foranee anch'essi da considerarsi a tal fine ambito portuale, purchè interessati dal traffico portuale e dalla prestazione dei servizi portuali anche per la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo, come individuati ai sensi dell'articolo 4, comma 3”³⁹¹. Inoltre, la modifica ha riformulato integralmente la seconda parte del comma 1, estendendo anche al Ministero delle Finanze³⁹², che deve agire in concerto con quello dei Trasporti e della Navigazione, relativamente alla emanazione del previsto Decreto ministeriale.

Una seconda modifica si è avuta per mezzo dell'art. 19 della legge 7 dicembre 1999, n. 472, il quale ha semplificato la disposizione di cui alla lettera b), disponendo semplicemente che il previsto Decreto ministeriale debba indicare “i limiti minimi dei canoni che i concessionari sono tenuti a versare. Inoltre, è stato aggiunto all'art. 18 il comma 1bis, secondo il quale “sono fatti salvi, fino alla scadenza del titolo concessorio, i canoni stabiliti dalle Autorità portuali relativi a concessioni già assentite alla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 1”.

Una ulteriore modifica è intervenuta con la legge n. 172/2003 che ha interessato il solo comma 7, al quale è stato aggiunto il seguente periodo: “su motivata richiesta dell'impresa concessionaria, l'Autorità concedente può autorizzare l'affidamento ad altre imprese portuali, autorizzate ai sensi dell'art. 16, dell'esercizio di alcune attività comprese nel ciclo operativo”. Tale novella ha pertanto introdotto l'istituto della sub-concessione, originariamente escluso dalla norma.

Infine, l'ultima modifica è stata introdotta dal D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito dalla legge n. 3 del 4 aprile 2012, il cui comma 5 dell'art. 57 ha aggiunto il comma 4 bis all'art. 18, che prevede: “le concessioni per l'impianto e l'esercizio dei depositi e stabilimenti di cui all'art. 52 del codice della navigazione e delle opere necessarie

³⁹¹ La riformulazione ha introdotto la cosiddetta figura della “concessione di costruzione e gestione di opere a mare”.

³⁹² Oggi Ministero dell'Economia e delle Finanze.

per l'approvvigionamento degli stessi, dichiarati strategici ai sensi della legge 23 agosto 2004, n. 239, hanno durata almeno decennale”.

Pertanto, l'art. 18 della legge n. 84/94, come riformulato nel corso degli anni, si occupa sostanzialmente delle concessioni di aree per l'espletamento delle operazioni portuali, nonché per la realizzazione e la gestione di opere attinenti alle attività marittime e portuali collocate a mare nell'ambito degli specchi acquei esterni alle difese foranee, considerati anch'essi come ambito portuale, purchè interessati dal traffico portuale e dalla prestazione dei servizi portuali anche per la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo. La medesima norma, riprendendo il Codice della Navigazione, prescrive che le concessioni debbano essere affidate sulla base di idonee forme di pubblicità, rinviando ad un successivo Decreto ministeriale, per la concreta individuazione delle procedure di affidamento, della determinazione dei canoni, della durata della concessione, nonché dei criteri di aggiudicazione al fine di adeguare la normativa al diritto europeo.

Tuttavia, il suddetto decreto, che avrebbe dovuto dettare una procedura speciale, rispetto a quella contenuta nell'art. 37 del Codice della Navigazione, tale da adeguarla ai principi comunitari di libera concorrenza del mercato, non è mai stato adottato, creando così un vuoto normativo in ragione della inadeguatezza dei principi enunciati nel predetto codice, secondo il quale la pubblicazione delle domande di concessione e l'apertura a più proposte era solo eventuale.

La lacuna legislativa delineata ha pertanto coinvolto la giurisprudenza³⁹³, che è stata più volte chiamata a pronunciarsi al fine di determinare l'effettiva portata applicativa delle regole europee sulla libera prestazione di servizi alle procedure di scelta dei concessionari. I Giudici amministrativi ritengono vigente e pertanto applicabile il Codice della Navigazione in quanto “la mancata emanazione del d.m. previsto dall'art. 18, legge 28 gennaio 1994, n. 84 ai fini della disciplina delle forme di pubblicità richieste con riguardo alle domande di concessione di aree demaniali e banchine comprese nell'area portuale non impedisce il rilascio di concessioni in quanto a

³⁹³ Consiglio di Stato, sez. VI, 1 luglio 2008, n. 3326, in *Foro amm. CDS*, 2008, p. 2105; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 gennaio 2005, n. 2, in *Foro Amm. CDS*, 2005, p. 154; TAR Puglia, Bari, 3 luglio 2008, n.1604, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 1604; TAR Veneto, 28 marzo 2007, n. 1029, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 3397; TAR Sardegna, 1 aprile 2003, n. 69, in *Giur. Mer.*, 2003, p. 1818; TAR Piemonte, Torino, 21 aprile 2001, n. 932, in *Foro amm.*, 2001.

norma del successivo art. 20 fino all'entrata in vigore delle norme attuative continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti"³⁹⁴.

Dello stesso avviso è la dottrina³⁹⁵, secondo la quale, in mancanza dell'emanazione del decreto ministeriale deve essere applicata la procedura prevista dall'art. 37 del Codice della Navigazione e dell'art. 18 della legge del 1994, nella consapevolezza della necessaria disapplicazione nelle parti in contrasto con i principi comunitari enunciati nel terzo paragrafo, in ossequio all'art. 20 della legge n. 84/94, il quale prevede espressamente che debbano continuare ad applicarsi le disposizioni previgenti in materia, dunque il Codice della Navigazione, "fino all'entrata in vigore delle norme attuative della presente legge".

Da aggiungere inoltre, che il Codice della Navigazione deve essere integrato anche con le norme dell'Unione europea sulla libera prestazione dei servizi, secondo i principi della parità di trattamento, della trasparenza e della pubblicità³⁹⁶. Alla luce di ciò, le domande di concessione e l'eventuale invito a proporre devono essere portati a conoscenza di tutti i potenziali interessati, come previsto anche dalla Circolare ministeriale n. 41/1996³⁹⁷; pertanto, l'impresa interessata presenta apposita domanda di concessione ai sensi dell'art. 5 del Regolamento di attuazione del Codice della Navigazione e, successivamente, l'Autorità portuale procede alla relativa pubblicazione all'interno di un apposito bando di gara adottato dal Presidente previo parere del Comitato portuale per le concessioni inferiori ai quattro anni, mentre per quelle superiori esso viene adottato solo dal Comitato portuale, in conformità a quanto disposto dall'art. 18 del Regolamento esecutivo del Codice della Navigazione³⁹⁸.

³⁹⁴ TAR Puglia, Lecce, 11 giugno 2001, n. 2704, in *Dir. mar.*, 2003, p. 580 e ss.

³⁹⁵ INGRATOCI C., *La concessione di aree e banchine*, in *Dir. Mar.*, 2007, p.991 ss; ACQUARONE G., *Le attività di promozione, programmazione e regolazione delle Autorità portuali*, in *Dir. mar.*, 2008, p. 743; ACQUARONE G., *Il piano regolatore delle Autorità portuali*, cit., p. 132.

³⁹⁶ Si è espressa in tal senso anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel parere del 18 novembre 2001, in *Boll.*, 2002, n. 6, che, nel criticare la lacuna relativa alla mancata emanazione del decreto ministeriale, ha affermato la necessità dei criteri di trasparenza e di pubblicità al fine di garantire la concorrenza nel mercato. Nello stesso senso si è espressa la dottrina: CARBONE S. M., MUNARI F., *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 201 ss; TACCOGNA G., *Le operazioni portuali del nuovo diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 737; ACQUARONE G., *Il piano regolatore delle Autorità portuali*, cit., p. 134.

³⁹⁷ Tale Circolare impone, in particolare, l'adozione del bando da parte del Presidente dell'Autorità portuale, previo parere del Comitato.

³⁹⁸ La giurisprudenza amministrativa è ormai conforme nel ritenere che l'art. 18 del Regolamento di esecuzione del Codice della Navigazione crei un confronto concorrenziale tra le imprese interessate all'ottenimento della concessione. Così TAR Liguria, sez. I, 17 dicembre 2003, n. 1666, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 648 ss: "la finalità della pubblicazione ai sensi dell'art. 18 del regolamento di attua-

Per procedere all'istruttoria delle domande, il Segretario generale nomina una Commissione composta da un numero dispari di componenti, comunque non superiore a cinque, scelti tra professionisti decennali nel settore economico-industriale, professori universitari di ruolo nei settori dell'economia e dei trasporti e funzionari dell'amministrazione e successivamente un responsabile del procedimento. Al ch , l'Autorit  portuale provvede ad acquisire i pareri imposti dal Codice della Navigazione e dal suo regolamento attuativo.

Il bando deve contenere i criteri di scelta dei concessionari conformi a quelli imposti dall'art. 18 della legge n. 84/94, ovvero il concessionario deve presentare un programma di attivit  che dia atto delle geranzie finanziarie ed industriali che consentono l'aumento dei traffici e della produttivit  del porto. L'istante inoltre deve possedere adeguate attrezzature tecniche ed organizzative idonee, anche sotto il profilo della sicurezza, a garantire le esigenze di un ciclo produttivo³⁹⁹ ed operativo a carattere continuativo ed integrato per conto proprio o di terzi⁴⁰⁰. Inoltre, egli deve dotarsi di un organico di lavoratori che consenta di adempiere agli obiettivi industriali individuati nel programma di attivit . Si tratta sostanzialmente dei requisiti elencati nell'art. 18 della legge n. 84/94 che riportano alla nozione di "proficua utilizzazione del bene", alla quale gli amministratori dovrebbero attenersi a norma dell'art. 37 del Codice della Navigazione.

zione del codice di navigazione consiste non solo nel suscitare avvisi "ad opponendum", ma anche esoprattutto nel favorire la partecipazione di altri eventuali interessati".   conforme la sentenza della Corte dei Conti, sez. contr., 9 ottobre 1996, n. 135, in Riv. Corte dei Conti, 1996, p. 5: "ai sensi dell'art. 18 del regolamento di attuazione del codice della navigazione, deve ritenersi idoneo strumento di pubblicit  per attivare una procedura concorsuale, in caso di concessione di beni del demanio marittimo, la pubblicazione di un avviso "ad opponendum" contenente la fissazione di un termine per la presentazione di eventuali domande concorrenti; pertanto, in caso di mancata tempestiva presentazione di ulteriori richieste   legittima l'assegnazione all'unico originario richiedente".

³⁹⁹ Per ciclo produttivo si intendono quelle attivit  inerenti alle operazioni portuali che possono anche essere esternalizzate a norma del comma 7 dell'art. 18 della legge n. 84/94, che consente all'Autorit  portuale di autorizzare il concessionario ad affidare alcune attivit  del ciclo operativo a soggetti autorizzati ex art. 16. In dottrina, MARESCA M., *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2001, p. p. 73; DUCA G., *Impresa terminalista e affidamento a erzi dell'attivit *, in *Dir. Mar.*, 2003, p. 495 e ss; MUNARI F., *Aspetti e modelli organizzativi delle operazioni portuali dei servizi ad esse connessi alla luce della legge 30 giugno 2000, n. 186*, in *Dir. Mar.*, 2000, p. 1265 ss.

⁴⁰⁰   controverso se l'attivit  del terminalista debba svolgersi necessariamente anche conto terzi o egli possa scegliere se svolgere l'attivit  solo per conto proprio. In dottrina concordano per la prima soluzione INGRATOCI C., *La concessione delle aree e banchine*, cit., p. 1007 e MARESCA M., *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, cit. p. 80. Sostiene la seconda soluzione TACCOGNA G., *L'assentimento dei terminali portuali: riparto della potest  normativa tra Stato e Regioni; procedure e criteri di aggiudicazione*, in *Quaderni regionali*, 2009, p. 974.

Vi è un limite alla proposta di concessione che si ricava dall'art. 18, comma 7, della legge n. 84/94, il quale pone il divieto di presentare la domanda per l'esercizio di un'attività già svolta in virtù di un'altra concessione demaniale nel medesimo porto; a tal fine, spetta all'Autorità portuale compiere una valutazione vincolata e non discrezionale che dovrà riguardare anche la verifica compresa nell'art. 45 bis del Codice della Navigazione relativo alle sub-concessioni, il quale impone l'autorizzazione in caso di affidamento a terzi di un intero ciclo di attività portuali⁴⁰¹. Rispetto all'argomento in parola, nel 2011, è intervenuto il Consiglio di Stato⁴⁰² che ha chiarito l'ambito del potere discrezionale dell'amministrazione nell'applicazione dell'art. 18, comma 7 e il divieto di svolgere attività portuali su due aree distinte, statuendo che il concessionario di aree portuali può risultare affidatario di ulteriori concessioni, se l'attività richiesta sia differente da quella svolta nell'area già affidata. Inoltre, secondo la decisione, è consentito l'ampliamento delle concessioni in essere, fatta salva la gara a tutela del meccanismo concorrenziale. Infine, la scelta dell'Autorità portuale di comprendere in un'unica concessione aree date in precedenza a soggetti diversi "non risulta immotivata, data la dimensione del contesto e la congruità di una gestione non frammentata di servizi complessi in un'area funzionalmente omogenea, non risultando di conseguenza viziata la discrezionalità esercitata e dovendosi ritenere corretta, altresì, la valutazione del giudice di primo grado sulla possibilità di operatori anche piccoli di concorrere in raggruppamento di imprese". Pertanto, l'Autorità portuale gode del potere di valutare discrezionalmente, sulla base del criterio del più proficuo utilizzo del suolo demaniale, quale debba essere la relativa estensione, non essendo vincolata dalla suddivisione operata dalle precedenti concessioni, fatto salvo il confronto concorrenziale tra gli interessati.

7. La regolazione e i limiti all'esercizio delle operazioni portuali.

L'art. 16 disciplina ed individua le operazioni portuali come il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito, il movimento in generale delle merci e di ogni altro materia-

⁴⁰¹ In tal senso, Cons. Stato, 20 novembre 2002, n. 409, in *Dir. Trasp.*, 2004, p. 593; Cons. Stato, 4 ottobre 2002, n. 5259, in *Dir. mar.*, 2003, p. 494; TAR Puglia, 24 gennaio 2002, in *Dir. mar.*, 2003, p. 587; TAR Friuli Venezia Giulia, 26 febbraio 2000, n. 151, in *Dir. mar.*, 2001, p. 1175.

⁴⁰² Cons. di Stato, sez. VI, 10 gennaio 2011, n. 51, in *Foro Amm. CDS*, 2011, p. 200 ss.

le, svolti nell'ambito portuale⁴⁰³, mentre definisce i cosiddetti "servizi portuali" come quelli riferiti a prestazioni specialistiche, complementari e accessorie al ciclo delle operazioni portuali; in quest'ultimo caso, l'Autorità in portuale può individuare i servizi ammessi che possono essere liberamente resi all'interno dell'ambito portuale, con esclusione delle aree concesse in esclusiva.

In tale prospettiva, all'interno del mercato portuale, è oramai riconosciuta sia da parte della giurisprudenza che della Commissione europea, nonché dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la distinzione in tre categorie di imprese: i terminalisti, le imprese portuali autorizzate e i fornitori di manodopera portuale.

Le prime, definite anche imprese generaliste, si caratterizzano per essere ammesse allo svolgimento delle operazioni portuali, in quanto concessionarie delle aree demaniali del porto e delle connesse banchine⁴⁰⁴, a prescindere della natura o dall'interesse per il quale le operazioni vengono svolte; perché tali imprese possono svolgere qualsiasi attività ricompresa nell'ambito delle operazioni portuali, potendo decidere di esercitarle contemporaneamente tutte o specializzarsi solo su una parte di esse⁴⁰⁵; perché le attività da esse svolte vengono realizzate su aree loro riservate dall'Autorità portuale. Tali imprese si differenziano dai meri concessionari di spazi pubblici del porto, in quanto l'obbligazione del concessionario non è limitata alla corresponsione del canone, ma si completa con l'obbligo contrattualmente assunto, di dare vita alla produzione di servizi portuali la cui modalità di prestazione renda oggettivamente e concretamente visibile un'attività produttiva a ciclo integrale e con-

⁴⁰³ La giurisprudenza ha escluso dall'elenco le cosiddette "attività di deposito minore". Si veda, al riguardo, TARA Friuli Venezia Giulia, 27 luglio 2001, n. 1633, in *Dir. Trasp.*, 2003, p. 272 ss, la quale le individua nelle attività "che consistono nella sistemazione, conservazione e custodia di merci già uscite dal ciclo delle operazioni portuali perché già movimentate da ditte a ciò abilitate che hanno provveduto allo scarico, al trasporto ed al deposito delle stesse nei propri magazzini, nei quali la detengono in via meramente funzionale alla loro immissione nel ciclo commerciale benchè, per la mera circostanza spaziale dell'ubicazione dei magazzini in ambito portuale, l'esercizio di tale attività resti assoggettato alla vigilanza del Comandante del porto ai sensi dell'art. 68 cod. nav."

⁴⁰⁴ Si badi che, ai sensi dell'art. 18, comma 7, della legge n. 84/94, l'impresa concessionaria deve esercitare direttamente l'attività per la quale ha ottenuto la concessione e non potrà essere allo stesso tempo concessionaria di altra demaniale nello stesso porto, né esercitare l'attività stessa in spazi diversi da quelli assegnati in concessione.

⁴⁰⁵ Va comunque precisato che l'art. 4 del decreto attuativo dell'art. 18 vieta alle imprese terminaliste di scegliere solo alcune delle operazioni portuali indicate dall'art. 16 e "solo su motivata richiesta dell'impresa concessionaria l'autorità concedente può consentire che per alcune attività, comprese nel ciclo operativo, l'impresa concessionaria sia sostituita da altri soggetti muniti di propria autorizzazione. Possono altresì consentirsi concessioni limitate da distinte operazioni portuali, purchè integrative di un ciclo operativo le cui fase complementari siano svolte da soggetti titolari di autonoma autorizzazione e concessione".

tinuativo, ovvero ad una gamma completa di prestazioni che siano in grado di esaurire tutto il ciclo operativo che si collega con la partecipazione del vettore marittimo⁴⁰⁶. Pertanto, al terminalista è attribuito un compito complessivamente più ampio rispetto a quello riconosciuto al semplice concessionario di spazi pubblici.

Le seconde sono rappresentate da quelle imprese che svolgono e/o eseguono in regime di autorizzazione, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 84/94, alcune tra le operazioni o servizi portuali, in assenza di una specifica concessione di aree e banchine portuali.

La norma individua espressamente i requisiti di cui deve essere in possesso l'impresa al fine di ottenere l'autorizzazione; in primo luogo, rilevano quelli di carattere personale, ossia riferibili a qualità specifiche attinenti alla sfera disciplinare, amministrativa e giudiziaria, soprattutto in termini di onorabilità. Rilevano, inoltre, le caratteristiche tecnico-organizzative e professionali relative alle competenze acquisite dalla società, dai suoi amministratori e dagli altri componenti sia riguardo all'attività esterna che interna della struttura. L'art. 16 indica altresì la capacità finanziaria quale requisito essenziale per ottenere l'autorizzazione in parola⁴⁰⁷. L'autorizzazione ha poi durata rapportata al cosiddetto "programma operativo" proposto dall'impresa ovvero, qualora l'impresa autorizzata sia anche titolare di concessione, ai sensi dell'art. 18, durata identica a quella della concessione medesima⁴⁰⁸.

Dunque, il programma operativo è rilevante anche per determinare la durata dell'autorizzazione (ed eventualmente anche della concessione), la quale deve essere parametrata anche sul volume degli investimenti realizzati dalla società e al valore specifico che l'attività da essa prestata potrà portare al mercato portuale in termini di competitività anche rispetto agli altri scali. Detti valori, inoltre devono essere presi in considerazione dall'Autorità portuale al fine di determinare i canoni annui e la cauzione che l'impresa dovrà corrispondere.

⁴⁰⁶ In tal senso, LONGOBARDI R., *I porti marittimi*, Torino, 1997, p. 346.

⁴⁰⁷ Il requisito relativo alla capacità finanziaria è posto a garanzia degli obbligazioni assunte dagli operatori all'interno dell'ambito portuale, in virtù della necessità di mantenere un alto livello di efficienza del mercato portuale.

⁴⁰⁸ Nell'autorizzazione di cui all'art. 16, chiesta contestualmente alla istanza di concessione di cui all'art. 36 del Codice della Navigazione e all'art. 18 della legge n. 84/94, il programma operativo deve essere coincidente con le obbligazioni di cui il richiedente intende farsi carico in virtù del rilascio della concessione demaniale marittima.

Dunque, il programma deve riguardare il periodo di attività determinato nell'istanza e, inoltre, in esso si deve dare atto anche dell'organico dei lavoratori e dei dirigenti di cui l'impresa richiedente intende servirsi per il suo compimento.

Il termine di cui gode l'Autorità portuale per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio delle operazioni portuali è di novanta giorni dalla richiesta; una volta accertate le qualità tecniche, strutturali e finanziarie dei richiedenti, le imprese autorizzate sono iscritte dall'Autorità portuale in un apposito registro da essa tenuto.

Infine, l'Autorità portuale o, dove non istituita, l'Autorità marittima sono tenute a verificare, con cadenza almeno annuale, il rispetto delle condizioni previste nel programma operativo.

La terza categoria, riconosciuta grazie alle numerose spinte liberalizzatrici provenienti dall'Unione europea, riguarda le imprese che svolgono operazioni portuali in regime di autoproduzione, ai sensi del comma 4, lett. d), dello stesso art. 16 della legge n. 84/94, ovvero quei soggetti preposti all'esercizio di operazioni portuali, da effettuarsi all'arrivo o alla partenza di navi dotate di propri mezzi meccanici e di proprio personale adeguato alle operazioni da svolgere⁴⁰⁹.

La legge lascia, dunque, libertà alle imprese di navigazione, che siano vettori nazionali o internazionali, che ne richiedano l'autorizzazione ai sensi dell'art. 16, di esercitare le operazioni portuali all'arrivo o alla partenza delle navi dotate di propri mezzi meccanici e di proprio personale adeguato alle operazioni da svolgere, nonché per la determinazione di un corrispettivo e di idonea cauzione, anche in tal caso, equivalenti alla durata.

Da sottolinearsi, inoltre, rispetto al termine dell'autorizzazione, che la durata non è tassativa, in quanto lo stesso art. 16 prevede l'ipotesi del rinnovo in relazione a nuovo programmi operativi o in caso di rinnovo della concessione. Anche nel caso dell'autorizzazione, l'Autorità portuale è tenuta a controlli annuali e, qualora riscontri l'ipotesi di inadempimento al programma presentato, ha il dovere di avviare un procedimento amministrativo volto alla revoca dell'autorizzazione, fatta salva la pos-

⁴⁰⁹ Sull'autoproduzione delle operazioni portuali si vedano CASALINI D., *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e di servizi*, in *Foro amm. CDS*, 2008, p. 1158 ss e CAMPAILLA M., *Le operazioni portuali*, Bologna, 2004, p. 172 ss. In giurisprudenza si veda TAR Sardegna, 12 maggio 2009, n. 672.

sibilità per l'impresa di presentare un nuovo programma operativo ed ottenere così il rinnovo anticipato dell'autorizzazione.

L'autorizzazione è poi necessaria per le imprese che gestiscono il terminal già in concessione ad altra impresa, in virtù di accordi tra le due società di natura privatistica, la cui efficacia nei confronti dell'Autorità portuale è subordinata al rispetto delle norme pubblicistiche stabilite dalla legge n. 84/94 e dal Codice della Navigazione. Rileva a tal fine l'art. 18, comma 7, il quale prevede che “su motivata richiesta dell'impresa concessionaria, l'autorità concedente può autorizzare l'affidamento ad altre imprese portuali, autorizzate ai sensi dell'art. 16, dell'esercizio di alcune attività comprese nel ciclo operativo”, nonché l'art. 45 –bis del Codice della Navigazione, che prevede la possibilità per il concessionario di affidare in sub-concessione a terzi alcune aree di cui ha la disponibilità, previa autorizzazione dell'Autorità portuale⁴¹⁰. Secondo la giurisprudenza, la portata di tale norma si estende anche alla materia delle concessioni e dei servizi portuali e delle concessioni demaniali marittime di cui agli artt. 16 e 18 della legge n. 84/94 sia in applicazione del principio generale di favore dell'ordinamento per la cosiddetta esternalizzazione o *outsourcing*, sia per il tenore letterale dell'art. 8, comma 3, lett. h, della citata legge⁴¹¹. Pertanto, in ambito portuale, il sub-concessionario deve essere autorizzato ex art. 16 della legge n. 84/94, a garanzia di tutela dell'interesse pubblico e al fine di consentire che il ricorso all'art. 45-bis sia effettuato quando pertinente e rappresenti l'eccezione, non la regola⁴¹². In ogni caso, l'esercizio diretto delle operazioni portuali da parte del terminalista prevale sugli altri, tanto che l'Autorità portuale è tenuta a verificare l'identità del terminalista, il cui cambio deve essere notificato alla stessa Autorità, la quale potrebbe deci-

⁴¹⁰ MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Assetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 135; CARBONE S. M., MUNARI F., *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 238 ss.

⁴¹¹ Cons. Stato, 20 novembre 2002, n. 409, in *Dir. Trasp.*, 2004, p. 593 ss; Cons. Stato, 4 ottobre 2002, n. 5259, in *Dir. Mar.*, 2003., p. 494.

⁴¹² L'art. 18, comma 7, è stato aspramente criticato dalla dottrina che ha ritenuto, da una parte, che la disposizione snaturi “lo spirito originale, senza indicarne, peraltro, le ragioni” e, dall'altra, che la sua formulazione, astrattamente contraria ai principi del Trattato dell'Unione Europea, sarebbe da intendere a vantaggio, oltre che degli stessi utenti, di tutte le imprese portuali autorizzate a svolgere alcune delle attività comprese nel ciclo portuale, in quanto la motivazione prevista dalla norma “dovrebbe avere ad oggetto la sussistenza e l'adeguatezza di siffatte imprese nel porto, e, dunque, la salvaguardia dell'interesse dell'utenza alla qualità dei servizi prestati dal terminal, seppure con ricorso a forme di *outsourcing*”. Si veda, in tal senso, MOSCATI G., *Appunti brevi sul nuovo demanio marittimo nel diritto dei trasporti: riforma del sistema o delle fonti?*, in *Arch. Giur.*, 2003, p. 1334.

dere, ai sensi dell'art. 47 del Codice della Navigazione, la decadenza della concessione.

Tuttavia, non pare necessaria l'autorizzazione da parte dell'Autorità portuale nei casi in cui il terminalista affidi lo svolgimento di segmenti lavorativi ad un soggetto diverso, ai sensi dell'art. 16, anche se occorre considerare la prescrizione di cui all'art. 45-bis del Codice della Navigazione, che impone l'autorizzazione da parte dell'Autorità in caso di affidamento a terzi di un intero ciclo di attività portuali. In questi casi, dunque, il *placet* da parte dell'autorità concedente è d'obbligo, mentre non è necessario quando si dispone sull'affidamento dell'intero ciclo relativo ad attività secondarie nell'ambito della concessione, ovvero a servizi strumentali e non prevalenti rispetto alle altre attività oggetto della concessione. Inoltre, secondo consolidata giurisprudenza amministrativa⁴¹³, dovrà verificarsi che l'applicazione dell'art. 45-bis non costituisce violazione dell'art. 18, comma 7.

L'introduzione di tale disciplina è sintomo dell'affievolimento del principio per cui l'impresa aggiudicatrice deve esercitare direttamente l'attività oggetto della concessione.

Peraltro, il comma 7 dell'art. 18 ha presentato problematiche interpretative anche laddove prevede che il concessionario non possa essere al tempo stesso concessionario di altra area demaniale nell'area del porto, a meno che l'attività per la quale richiede una nuova concessione sia differente da quella di cui alle concessioni già esistenti nella stessa area demaniale. Inoltre, secondo la stessa disposizione, l'impresa concessionaria non può neppure “svolgere attività portuali in spazi diversi da quelli che le sono stati assegnati in concessione”.

Al riguardo, la dottrina non ha mancato di rilevare, sin dall'entrata in vigore della legge n. 84/94, come siffatta disposizione ponga limiti incompatibili con il principio di libera concorrenza, sulla base del quale era stata approvata la stessa legge⁴¹⁴.

Viceversa, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha osservato, nella segnalazione AS 230 dell'8 novembre 2001⁴¹⁵, che “occorre evitare che il divieto di assegnare ad una stessa impresa più aree demaniali in uno stesso porto venga eluso

⁴¹³ Cons. Stato, 20 novembre 2002, n. 409, cit.; Cons. Stato, 4 ottobre 2002, n. 5259, cit.; TAR Friuli Venezia Giulia, 26 febbraio 2000, n. 151, in *Dir. Mar.*, 2001, p. 1175 ss.

⁴¹⁴ TACCOGNA G., *Questioni in tema di gare per le concessioni relative a terminal portuali: grandi compendi e partecipazione dei concessionari di terminal contigui*, in *Dir. mar.*, 2011, 3, p. 916.

⁴¹⁵ In Boll. N. 06/2002.

mediante l'assegnazione di concessioni a diverse persone giuridiche controllate dalle medesime persone fisiche, ovvero attraverso l'attribuzione, da parte di società che hanno ottenuto la concessione, della gestione degli impianti ad altre società, non collegate, che dispongono direttamente di proprie concessioni”.

Originariamente, anche la giurisprudenza amministrativa aveva optato per una interpretazione restrittiva della norma, al fine “di assicurare il massimo grado di concorrenza tra gli operatori e di assicurare il possesso di requisiti di capacità imprenditoriale e di organico di lavoratori adeguato al piano d'impresa da parte delle società concessionarie”⁴¹⁶.

La questione è stata risolta in modo diametralmente opposto dal giudice amministrativo in una recente sentenza, il quale ha ritenuto che “la norma si limita a prescrivere che le imprese concessionarie debbano operare negli spazi che sono stati loro assegnati e che non possano ottenere nello stesso porto più di una concessione per lo stesso tipo di operazioni. Nella realtà, la più avvertita dottrina, ha sottolineato che la limitatezza degli spazi, unitamente alle esigenze di specializzazione dei singoli terminals, possono rendere assai complessa – e probabilmente neppure opportuna in quanto non necessariamente rispondente agli interessi degli utenti che preferiscono fruire dei servizi offerti da operatori specializzati nella movimentazione dei vari tipi di carichi – la presenza nello stesso porto di più concessionari svolgenti la medesima attività in effettiva concorrenza fra loro. Se n'è tratta la condivisibile conclusione che la norma mira a prevenire la concentrazione in capo ad un medesimo imprenditore della disponibilità degli spazi eccessivamente ampi in ambito portuale dichiarando l'illegittimità della costituzione o del rafforzamento della posizione dominante ritenuta dal legislatore naturalmente idonea ad ingenerare pratiche anticoncorrenziali, prescindendo dall'accertamento dell'avvenuta realizzazione delle pratiche abusive”⁴¹⁷.

Pare, dunque, che con tale statuizione la giurisprudenza amministrativa abbia superato questo ostacolo ermeneutico.

⁴¹⁶ TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 24 gennaio 2002, n. 184.

⁴¹⁷ Così TAR Liguria, Genova, sez. II, 24 maggio 2012, n. 747.

Riguardo, invece, all'ipotesi del sub-ingresso⁴¹⁸ da parte di un soggetto diverso rispetto al titolare della concessione la giurisprudenza amministrativa⁴¹⁹ ritiene che, in questo caso, debba trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 46 del Codice della Navigazione, il quale prevede che l'aspirante concessionario possa subentrare nella concessione già in essere, previa autorizzazione da parte dell'autorità concedente, ovvero, ai sensi dell'art. 18 della legge n. 84/94, dell'Autorità portuale.

Il Tar ha infatti ritenuto che “nel caso di specie si è avviato un procedimento non già di concessione di aree demaniali nella disponibilità dell'Autorità concedente ai sensi dell'art. 37 del Codice della Navigazione (che, appunto, prevede la concorrenzialità tra diverse domande dello stesso bene non concessionato), ma di sub-ingresso (...), previa verifica della rispondenza del sub-ingresso stesso ai canoni dell'interesse pubblico”.

Si ritiene pertanto che non vi sia una nuova attribuzione di aree, ma ci si trovi dinnanzi al proseguimento della concessione già rilasciata e che, per questo motivo, l'Autorità portuale non sia tenuta ad esperire un nuovo confronto concorrenziale tra l'acquirente del ramo d'azienda ed altri soggetti che aspiravano a tale concessione.

8. Proroga, rinnovo e revoca della concessione.

Vi sono altre tre questioni che presentano delle problematiche in ordine alle concessioni: la proroga, il rinnovo e la revoca della concessione.

Le prime due riguardano le concessione scadute, mentre la terza si verifica quando l'Autorità portuale pone un termine all'attività del concessionario, quando si configurano le ipotesi espressamente stabilite dalla legge n. 84/94 per la revoca della concessione, oppure ove sussistono le condizioni per la revoca dell'autorizzazione rilasciata dall'Autorità portuale per lo svolgimento delle operazioni portuali, ex art. 7

⁴¹⁸ In dottrina, anche se risalente, è ancora prezioso il contributo di RUSSO R., *Il subingresso nella concessione dei beni del demanio marittimo (art. 46 cod. nav.)*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1959, I, p. 273.

⁴¹⁹ TAR Veneto, Venezia, sez. I, 28 ottobre 2010, n. 5853. Nella fattispecie, un terminalista aveva impugnato il provvedimento attraverso il quale l'Autorità portuale di Venezia aveva autorizzato, ex art. 46 del Codice della Navigazione, il soggetto acquirente di un ramo d'impresa di una società già concessionaria al subingresso nel godimento nelle aree attribuite in concessione al precedente soggetto. Il terminalista ricorrente sosteneva, in particolare, che l'autorizzazione in questione si poneva in palese contrasto con il principio di necessaria comparazione delle proposte avanzate da due soggetti, entrambi interessati ad ottenere la concessione della medesima area portuale. Il Tar nel Veneto ha ritenuto inammissibile il ricorso, con le motivazioni sopra richiamate.

del D.M. 31 marzo 1995, n. 585, estensibile, come si dirà a breve, anche alle autorizzazioni rilasciate ai sensi dell'art. 18 della legge n. 84/94.

In ordine alla proroga ed al rinnovo è necessario premettere che nel 2007 la Commissione Europea ha ribadito il proprio orientamento, già espresso nell'anno 2000, con la Comunicazione sui porti, secondo cui “quando una concessione giunge a scadenza, il suo rinnovo è assimilabile a una nuova concessione”. Pertanto, tale principio è pienamente applicabile, nell'ambito dell'ordinamento italiano, alle concessioni portuali.

Tuttavia, nel diritto interno si è cercato di ovviare al perentorio criterio sopra indicato partendo dalla disciplina di cui all'art. 37 del Codice della Navigazione. La richiamata norma, infatti, al suo primo comma, dispone che “nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico”.

Ferma restando l'attuale vigenza della previsione infra richiamata, si è posto un problema in ordine a quelle fattispecie in relazione alle quali non ricorrono le condizioni richieste dal comma 1 dell'art. 37 del Codice della Navigazione.

Tale norma, infatti, nella formulazione precedente all'introduzione del D.L. n. 400/93, che ha modificato la disposizione, segnatamente in ordine ai commi successivi al primo, prevedeva che “quando non ricorrano tali ragioni di preferenza, per le concessioni di durata superiore al quadriennio o che importino impianti di difficile sgombero, si procede a pubblica gara o a licitazione privata” e che “nello stesso caso, per le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero, la preferenza è data al precedente concessionario e, in mancanza, si procede a licitazione privata”.

Veniva, pertanto, a delinarsi quello che veniva a qualificarsi come “diritto di insistenza”⁴²⁰.

Tale diritto, tuttavia, nel corso degli ultimi anni è stato ritenuto incompatibile con il quadro normativo vigente, sino al punto che la giurisprudenza amministrativa, in

⁴²⁰ Si veda in tal senso CASSESE S., *Concessione di beni pubblici e “diritto di insistenza”*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 4, p. 355.

numerose statuizioni, ha avuto modo di scoraggiare il ricorso a tale istituto giuridico per avvantaggiare il concessionario uscente.

Dunque, con l'introduzione dei sopra richiamati principi di diritto comunitario, il diritto di insistenza avrebbe potuto avere un futuro solo rimanendo immutato.

Il legislatore, infatti, con due interventi normativi⁴²¹, ha proceduto ad una riformulazione delle disposizioni di cui all'art. 37 del Codice della Navigazione. Tale norma, infatti, prevede ora che "al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata".

Nel corso degli ultimi anni, la giurisprudenza ha sensibilmente ridimensionato il ricorso al diritto di insistenza; così il Consiglio di Stato ha statuito, in una delle fattispecie sottoposte alla propria attenzione, che "si deve ritenere che solo in caso di effettiva equipollenza tra le offerte, accertata mediante una reale comparazione, possa trovare applicazione il diritto di insistenza di cui all'art. 37 del cod. nav."⁴²².

In altre fattispecie, invece, il Giudice amministrativo ha rilevato, con una interpretazione notevolmente più rigida, che "anche se, nell'ambito delle concessioni demaniali marittime, risulta codificato (art. 37 cod. nav.) il c.d. "diritto di insistenza" (in favore del precedente concessionario, in occasione della rinnovazione del rapporto concessorio), la codificazione di un tale diritto non può oscurare l'obbligo della Amministrazione concedente di assoggettare a procedura comparativa l'offerta del precedente concessionario, risultando solo in tal modo soddisfatto il prevalente interesse alla individuazione del soggetto contraente che offra migliori garanzie di proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse"⁴²³.

L'attuale formulazione della norma, che riguarda esclusivamente il demanio costiero, ad ogni buon conto, rende difficile la sua applicazione, in via analogica, alle fattispecie afferenti le concessioni portuali.

⁴²¹ La prima modifica legislativa è stata introdotta con il D.L. 5 ottobre 1993, n. 400, mentre la seconda con la legge 26 febbraio 2010, n. 25.

⁴²² Consiglio di Stato, 23 aprile 2009, n. 2509.

⁴²³ Consiglio di Stato, sez. VI, 25 settembre 2009, n. 5765.

In merito a queste ultime si rileva come la giurisprudenza abbia, invece, applicato in modo decisamente intransigente il divieto di rinnovo in totale assenza di procedure di gara. Segnatamente, è stato infatti ritenuto che nel rispetto delle regole dettate dal Trattato e della giurisprudenza comunitaria, le concessioni di beni pubblici possono essere assentite solo in esito ad una procedura di gara caratterizzata da idonea pubblicità preventiva; esse ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni comunitarie in relazione ai principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità. In caso di rinnovo di concessioni di beni pubblici, il c.d. diritto di insistenza può assumere rilievo solo in caso di effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal concessionario e dagli altri aspiranti sul piano della rispondenza agli interessi pubblici e la gara deve essere depurata da fattori di vantaggio a favore dell'eventuale precedente concessionario⁴²⁴.

In ordine a quanto sopra, dunque, si rileva come il Giudice abbia, *sic et simpliciter*, ribadito quanto espresso dalla Commissione Europea nelle due Comunicazioni sopra richiamate.

La dottrina, tuttavia, non ha, a tal proposito, perso l'occasione di stigmatizzare l'approccio della giurisprudenza alla questione, rilevando come lo stesso non sia stato adeguatamente motivato, quanto meno con riferimento al fatto che “non sembra distinguere tra posizione di vantaggio conquistate “on the merits”, cioè nel rispetto delle regole di concorrenza-posizioni, le quali dovrebbero essere “spendibili” pienamente - ed eventuali condizioni di vantaggio non analogamente giustificate (ad esempio perché derivanti da illegittimi affidamenti diretti di altre concessioni)”⁴²⁵.

⁴²⁴ TAR Liguria, Genova, sez. I, 26 gennaio 2006, n. 225, con nota di BALOCCO G., *Concessione di beni pubblici tra affidamento diretto e obbligo di gara*, in *Urb. e app.*, 2006, 7, p. 851. Si veda altresì, al riguardo, la più recente statuizione del TAR Liguria, sez. I, ord. 20 marzo 2007, n. 546. In tale provvedimento si stabilisce che “il rilascio di concessioni di beni pubblici richiede il previo esperimento di una gara preceduta da idonea pubblicità depurata, qualora si tratti di rinnovo di concessioni di beni pubblici, di qualsiasi elemento di vantaggio a favore dell'eventuale precedente concessionario”. Peculiare rilevanza, assume, inoltre la decisione del Tar Liguria Sez. I, 30 ottobre 2007, n. 1872. Detta pronuncia ha ritenuto illegittimo il criterio di preferenza relativo alla disponibilità di un'area privata limitrofa. Detto orientamento parrebbe tenere una linea di continuità con quanto, in materia, stabilito in ordine alle concessioni demaniali marittime. A questo proposito, si segnali la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, secondo la quale “con la concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione”.

⁴²⁵ TACCOGNA G., *Assentimento dei terminal portuali*, cit., p. 982-983.

In tale contesto, si è altresì rilevato come la Corte di Giustizia abbia già ritenuto conformi al diritto i criteri di aggiudicazione che avvantaggiavano un'impresa nei confronti delle concorrenti, per la disponibilità solo in capo ad essa di *assets* rilevanti per la migliore esecuzione del contratto stesso⁴²⁶.

Da quanto sopra ne discende che una tale previsione, qualora si riferisca alla disciplina inerente le concessioni portuali, dovrebbe essere scevra da qualsivoglia violazione dei principi del diritto europeo.

Nelle fattispecie in cui la concessione venga meno a causa dello spirare del termine originariamente stabilito, l'Autorità portuale può imporre una scadenza all'attività del concessionario qualora si verificano due condizioni: in primo luogo, nell'eventualità in cui vengano a configurarsi ipotesi di revoca della concessione e, in secondo luogo, qualora sussistano le condizioni richieste per la revoca dell'autorizzazione rilasciata per lo svolgimento delle operazioni portuali.

In ordine alla prima fattispecie, si rileva come la stessa sia disciplinata dall'art. 18, comma 9, della legge n. 84/94, il quale stabilisce che “in caso di mancata osservanza degli obblighi assunti da parte del concessionario, nonché di mancato raggiungimento degli obiettivi indicati nel programma di attività, di cui al comma 6, lettera a), senza giustificato motivo, l'Autorità portuale o, laddove non istituita, l'Autorità marittima revocano l'atto concessorio”. La previsione di cui sopra è strettamente connessa con quella contenuta nel precedente comma 8 dello stesso articolo, secondo cui “l'Autorità portuale o, laddove non istituita, l'Autorità marittima sono tenute ad effettuare accertamenti con cadenza annuale al fine di verificare il permanere dei requisiti in possesso al momento del rilascio della concessione e l'attuazione degli investimenti previsti nel programma di attività di cui al comma 6, lettera a)”.

La norma, ai richiamati comma, sembra conferire all'Autorità portuale o, ove non istituita, all'Autorità marittima, una discrezionalità del tutto eccezionale, essendo nel caso l'attività dell'amministrazione esclusivamente ancorata alle ipotesi di proroga contenute nel bando, in ordine alla sussistenza dei requisiti postulati al concessionario, nonché con riferimento agli investimenti previsti nell'offerta o nella stessa concessione. Tuttavia, di tale possibilità, non appare erroneo potersi dubitare.

⁴²⁶ Sentenza C- 513/99 del 17 settembre 2002.

La previsione normativa di cui ai comma 8 e 9 dell'art. 18 della legge n. 84/94 diverge considerevolmente da quanto disposto dall'art. 42 del Codice della Navigazione. Tale ultima norma consente, infatti, in linea generale, la revocabilità delle concessioni dei beni demaniali marittimi; ciò, per di più, ad assoluta discrezione dell'amministrazione marittima e in assenza di alcun indennizzo in favore dell'impresa concessionaria del bene.

Il predetto articolo prevede, infatti, che “le concessioni di durata non superiore al quadriennio e che non importino impianti di difficile sgombero sono revocabili in tutto o in parte a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. Le concessioni di durata superiore al quadriennio o che comunque importino impianti di difficile sgombero sono revocabili per specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse, a giudizio discrezionale dell'amministrazione marittima. La revoca non dà diritto a indennizzo. Nel caso di revoca parziale si fa luogo ad un'adeguata riduzione del canone, salva la facoltà prevista dal primo comma dell'articolo 44. Nelle concessioni che hanno dato luogo a una costruzione di opere stabili l'amministrazione marittima, salvo che non sia diversamente stabilito, è tenuta a corrispondere un indennizzo pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato. In ogni caso l'indennizzo non può essere superiore al valore delle opere al momento della revoca, detratto l'ammontare degli effettuati ammortamenti”.

Secondo la richiamata disposizione, pertanto, le due ipotesi parrebbero operare entrambe in presenza delle rispettive condizioni.

In ordine alla decadenza sancita dal medesimo articolo, la dottrina ha peraltro evidenziato come la formulazione di tale norma non sia in linea con la previsione generale in tema di revoca, prevista dall'art. 21 quinquies della legge n. 241/90, con la conseguenza che si impone la modifica delle norme speciali per effetto della sovrapposizione ad esse dei principi e delle regole generali contenuti nella sopra richiamata legge generale⁴²⁷.

In ordine alla seconda fattispecie si osserva, invece, come la stessa sia strettamente collegata con la previsione contenuta nell'art. 7 del D.M. 31 marzo 1995, n.

⁴²⁷ TACCOGNA G., *L'indennizzo nella revoca delle concessioni demaniali marittime*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, 2010, p. 1002.

585. Tale norma prevede come l'autorizzazione rilasciata dall'Autorità portuale possa essere sia sospesa sia revocata; e questo in ogni tempo, senza diritto ad alcun indennizzo, con provvedimento motivato, sentita la Commissione Consultiva locale e, sempre, qualora ricorrano le circostanze espressamente richieste da tale disposizione.

Con riferimento a quest'ultima norma, ma con la possibilità di applicazione in via analogica anche alla fattispecie prevista dall'art. 18 della legge n. 84/94, la dottrina ha osservato come il *nomen juris* utilizzato dal legislatore non sia del tutto corretto; ciò in quanto il provvedimento di revoca assumerebbe, in questi casi, connotati sanzionatori, acquisendo pertanto la valenza di un atto di decadenza⁴²⁸.

Tale ultimo assunto appare condivisibile qualora si consideri che, mentre nella legge 241/90, la revoca si connota quale provvedimento che l'amministrazione deve assumere al momento della sopravvenienza di ragioni di opportunità, nel caso di cui all'art. 18 della legge n. 84/94 l'atto che l'Autorità portuale o, in assenza, l'Autorità marittima assume si configura quale ritiro di un'autorizzazione allorché la medesima acquisisca consapevolezza del contrasto di tale atto con la normazione vigente al momento del suo rilascio⁴²⁹.

Tale considerazione, qualora si ritenesse riferita all'ipotesi della revoca della concessione, sembrerebbe costituire un limite alla discrezionalità dell'Autorità portuale o marittima nel momento di valutazione dell'attuazione degli investimenti previsti dal programma presentato dal concessionario, in quanto dovrebbe essere orientata all'adozione del provvedimento sanzionatorio esclusivamente nelle ipotesi in cui sussista un'evidente difformità tra il programma presentato e quello concretamente attuato.

⁴²⁸ ACQUARONE G., *Il piano regolatore delle Autorità portuale*, cit., p. 158.

⁴²⁹ Così ACQUARONE G., *Il piano regolatore delle Autorità portuale*, cit., p. 159.

Considerazioni conclusive sul sistema portuale brasiliano ed italiano.

Dall'indagine svolta sul sistema portuale brasiliano e su quello italiano, nei rispettivi scenari del Mercosur e dell'Unione Europea, è possibile effettuare alcune considerazioni conclusive.

Per quanto riguarda il Brasile, è evidente come la promulgazione della Lei n. 12.815/13 abbia portato numerosi cambiamenti al settore portuale brasiliano, che si ripercuoteranno necessariamente sull'intera economia mondiale o, per lo meno, nei Paesi con i quali il Brasile ha siglato accordi economici e di scambio.

La riforma, tanto ambiziosa quanto rivoluzionaria, come si è visto, sta già dando i suoi frutti, in termini di crescita interna e di sviluppo economico e rappresenta un ottimo esempio di come le forze politiche ed economiche possano interagire e cooperare al fine di modificare un modello regolamentare tutt'altro che perfetto, come era quello portuale prima della recente riforma, per sviluppare, invece, una disciplina del settore più chiara e sistematica.

Tuttavia, non mancano le critiche di quanti ritengono che l'introduzione dei TUPs (Terminali di uso privato) ponga in discussione il modello stabilito nella Costituzione federale del 1988 e crei uno stato di concorrenza asimmetrica con i terminali pubblici, i quali, a differenza dei primi, continuano ad essere soggetti al controllo delle tariffe, all'osservanza del regime di movimentazione minima, all'assunzione di lavoratori mediante l'organo di gestione della manodopera (OGMO).

È chiaro che tale situazione possa provocare uno squilibrio nei diritti e nei doveri tra terminali portuali pubblici e terminali di uso privato, in grado di generare, nel prossimo futuro, uno stato di concorrenza asimmetrica tra i due modelli, mettendo in pericolo anche la concezione dell'attività portuale come servizio pubblico.

Tuttavia, è altrettanto chiaro che nell'epoca della globalizzazione, le forti spinte imprenditoriali optino per un modello in cui il privato possa autonomamente dettare le regole del gioco, pur rimanendo soggetto al potere discrezionale che il Governo brasiliano continua a riservarsi per garantire le tutele costituzionali.

Tali forti spinte si manifestano con l'interesse di gruppi imprenditoriali, sia brasiliani che stranieri, che sempre più numerosi chiedono di impiantare porti privati o TUP, destinati a movimentare principalmente carichi di terzi. Infatti, dal punto di vi-

sta degli operatori internazionali, la nuova legislazione rappresenta una grande opportunità di investimento non essendoci alcun limite per l'assegnazione alle imprese straniere che vogliono investire, partecipando o chiedendone direttamente l'assegnazione dei terminali, nel settore portuale, rappresentato in questo caso dai TUPs; infatti, una volta costituita una società in Brasile, anche solo ed esclusivamente con capitale straniero, essa potrà agire come operatore brasiliano, beneficiando appieno del nuovo quadro normativo.

In questo contesto, i capitali internazionali sono attratti dalle numerose possibilità che la legge offre: infatti, gli investitori sono interessati sia all'ingresso dei propri capitali nei TUPs, che richiedono nuovi servizi e nuovi prodotti, oltreché nuove reti di distribuzione che avvicinino sempre più le coste all'intero Paese, sia alla partecipazione volta a favorire gli scambi con la nazione di riferimento del capitale investito.

Non a caso, recentemente, sono stati siglati 35 accordi economici tra Cina e Brasile, per un valore complessivo di investimenti da parte di Pechino pari a 47.500 milioni di euro. Al centro della cooperazione economica sino-brasiliana vi è la strategica realizzazione di una ferrovia di collegamento tra il Brasile e il Perù, e la creazione di un complesso siderurgico nel nord del Paese. Tali accordi, in un'ottica di crescita, sono visti dall'economia mondiale come un chiaro segnale dell'appoggio dei cinesi all'attuale dirigenza brasiliana, e gran parte del denaro investito andrà per l'acquisto di imbarcazioni necessarie a trasportare il ferro, uno dei prodotti che i cinesi acquistano di più dal Brasile.

L'importanza degli investimenti per il Brasile risiede nel fatto che, come nel caso dei porti, alle condizioni geografiche dell'ambiente naturale ed a quelle dell'ambiente modificato dall'opera dell'uomo devono essere aggiunte quelle derivanti dalla strutturazione economica del settore; in questo senso, i grandi investimenti sono necessari non solo per l'installazione dei porti, ma anche per il loro adeguato funzionamento, soprattutto in considerazione dell'importanza e della competizione del settore, in atto oramai da diversi anni su scala globale.

Se, infatti, la manutenzione dei grandi porti, complessa ed esposta allo spazio geografico già instabile, fa intuire il suo alto costo di funzionamento, si deve sottolineare come la dinamica trasformazione dei trasporti marittimi aumenti la necessità di interventi di miglioramento delle strutture portuali, al fine di adeguarle alle nuove

condizioni e standard del settore. Vale la pena richiamare, come esempio, le grandi trasformazioni dei moli avvenute nel ventesimo secolo, come nel caso delle navi post-Panamax, le quali hanno necessitato sia di operazioni di dragaggio che la realizzazione di canali di accesso sempre più profondi ed estesi.

Per queste ragioni, il Brasile punta molto sui capitali internazionali, tra i vorrebbe vorrebbe includere i Paesi dell'Unione Europea.

Al riguardo, sono rilevanti le intenzioni rese note all'indomani della riforma sui porti dal direttore generale dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, il brasiliano Roberto Azevedo, il quale ha raccomandato nuovi accordi commerciali multilaterali tra il Brasile e l'Unione Europea. Stanto a quanto anticipato dalla stampa mondiale, il Governo brasiliano sta attualmente lavorando ad un accordo di libero scambio tra il Paesi del Mercosur e quelli dell'Unione Europea, in modo da procedere poi con una propria iniziativa nazionale. Tale accordo dovrebbe valere, per il solo Brasile, 80 miliardi di dollari di commercio bilaterale con i Paesi dell'Unione Europea, dato questo che nel 2011 ha rappresentato il 37% degli scambi di tutta l'America latina con i l'Europa.

Dal fronte italiano, la paura è che non ci si trovi pronti a reggere la concorrenza con i grandi porti europei e mediterranei, a causa delle incertezze nella *governance* e dei mancati investimenti che hanno caratterizzato il settore portuale italiano negli ultimi anni.

Per queste ragioni, mentre si scrive, è appena stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 250 del 27/10/2015 il comunicato della Presidenza del Consiglio dei Ministri con il quale viene ufficialmente approvato il Piano strategico nazionale della portualità e della logistica, con la finalità di migliorare la competitività del sistema portuale e logistico e di agevolare la crescita dei traffici, delle merci e delle persone, oltrechè la promozione dell'intermodalità nel traffico merci, anche in relazione alla razionalizzazione, al riassetto e all'accorpamento delle Autorità Portuali esistenti.

Il Piano, sostanzialmente, disegna una strategia per il rilancio del settore portuale e logistico da perseguire attraverso il valore aggiunto che il "Sistema mare" può garantire sia per l'aumento dei traffici marittimi sia per la crescita di settori complementari, quali quelli produttivi, logistici, amministrativi ed infrastrutturali, che dovranno contribuire a far recuperare competitività all'economia del sistema mare in termini di produttività e di efficienza. Nel Piano il "Sistema mare" viene presentato

come uno strumento attivo di politica economico-commerciale euro-mediterranea e come fattore di sviluppo e coesione del mezzogiorno, nonché come fattore di sostenibilità, innovazione e sostegno al sistema produttivo del Paese.

Tra gli strumenti individuati per la definizione del “Sistema mare” efficace e per l’incremento della movimentazione di persone e di merci sono previste numerose azioni per la semplificazione amministrativa, per l’efficienza dei controlli e delle procedure di sdoganamento, per la promozione dell’intermodalità e dei collegamenti di ultimo miglio, nonché per l’attrazione di nuovi investimenti per la modernizzazione delle infrastrutture portuali.

Inoltre, il Piano individua una strategia integrata, con azioni da compiere sia nei porti sia nella loro accessibilità, marittima o terrestre, al fine di potenziare il ruolo dell’Italia nel panorama mediterraneo ed internazionale. A tal fine, il Piano è articolato in dieci Obiettivi strategici, delineati al loro interno in specifiche e dettagliate azioni: semplificazione e snellimento; concorrenza, trasparenza e upgrading dei servizi; miglioramento accessibilità dei collegamenti marittimi; integrazione del sistema logistico; miglioramento delle prestazioni infrastrutturali; innovazione; sostenibilità; certezza e programmabilità delle risorse finanziarie; coordinamento nazionale e confronto partenariale; attualizzazione della governance del sistema.

Detto Piano dunque cerca di intervenire sui limiti della legge n. 84/94 ed in particolare sul modello di governance portuale da questa plasmato, dettando un nuovo modello, da realizzarsi attraverso atti legislativi successivi, in ossequio al disposto dell’art. 29 decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, cd. “Sblocca Italia”, che pone tra gli strumenti serventi alla realizzazione degli obiettivi del Piano la razionalizzazione, il riassetto e l’accorpamento delle Autorità portuali esistenti.

In prospettiva, il Piano costituirà uno dei piani di settore che andranno a confluire in un documento programmatico più ampio, plurisettoriale e plurimodale, e, segnatamente, nel Documento di Programmazione Pluriennale che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti intende redigere ed approvare entro la fine del corrente anno 2015, secondo il disposto del decreto legislativo n. 228/2011, e nella cornice del Piano Strategico Nazionale dei Trasporti e della Logistica.

L’auspicio pertanto è che l’Italia si trovi pronta ad affrontare le nuove possibilità che il mercato globalizzato offre, anche in una prospettiva extraeuropea, nell’ambito degli accordi commerciali multilaterali, perché no, anche con il Brasile.

BIBLIOGRAFIA

- ACQUARONE G., *Il piano regolatore delle Autorità portuale*, Milano, 2009.
- ACQUARONE G., *Le attività di promozione, programmazione e regolazione delle Autorità portuali*, in *Dir. Mar.*, 2008.
- ACQUARONE V., *La regolamentazione delle concessioni demaniali portuali*, relazione presentata a Nola il 24 ottobre 2014, nell'ambito dei "Venerdì di diritto e pratica tributaria".
- ALMEIDA C.M., *Codigo Philippino ou ordenações e leis do Reino de Portugal*, Brasilia, Senado Federal, t. II., 2004.
- ANTONINI A., *Trattato breve di diritto marittimo*, Milano, 2010.
- ARAGÃO A. S., *Direito dos serviços públicos*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013.
- ARAGÃO A. S., *O marco regulatório dos serviços públicos*, in *Interesse Público – IP*, 2004.
- AVANZI S., *Il nuovo demanio*, Torino, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO C. A., *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO C. A., *Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação*, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 20, 1997.
- BELLESÌ A., *Rapporti giuridici tra Autorità portuale, Ministero dei trasporti ed enti territoriali*, in AA.VV., *Autorità portuali e nuova gestione dei porti*, Atti del Convegno di Livorno, 13- 14 marzo 1997.
- BENVENUTI L., *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965.
- BERGAMASCHINE MATA DIZ J., *Mercosur: Origen, Fundamentos, Normas y Perspectivas*, Jurua Editora, Curitiba, 2007.
- BERGAMINI E., *Le scelte in materia di trasporto: modalità di formazione, valore giuridico e prospettive*, in *Dir. comm. int.*, 653-671.
- BERLINGERI F., *Note sulla Legge 28 gennaio 1994, n. 84 sul riordino della legislazione in materia portuale*, in *Dir. Mar.*, 1994.
- BERLINGIERI F., *Note sulla legge 28 gennaio 1994, n. 84 sul riordino della legislazione in materia portuale*, in *Il diritto marittimo*, 1994.
- BERTOLOTTI A., *Handling e antitruste*, in *Giur. it.*, 2000, p. 346.
- BIONDI A., *Gli aiuti di stato*, in FRIGNANI A., PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, Torino, 2006.
- BOCKMANN MOREIRA E., *Exploração privada dos portos brasileiros: concessão versus autorização*, in *Revista de Direito Administrativo contemporaneo*, Redac, ano 1, maio-junio 2013.

- BORGES N., *A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios*, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, no 782, dez. 2000.
- BURNS E., *A History of Brazil*, 3 ed, New York, 1993.
- CAIANELLO V., *Pianificazione dei porti e pianificazione urbanistica: strumenti giuridici di coordinamento*, in *Foro amm.*, 1986.
- CAIROLI MARTINEZ M. H., *Derecho Constitucional y procesos de integración*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003, reperibile su www.juridicas.unam.mx.
- CALDERALE A., *Il nuovo codice civile brasiliano*, Giuffrè, Milano, 2003.
- CAMPAILLA M., *Le operazioni portuali*, Bologna, 2004.
- CAPANTINI M., *Il servizio universale e le sue modalità di finanziamento. La soluzione dei fondi di compensazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2003, p. 99.
- CARBONE P.L., *Il contratto del monopolista. Contributo in chiave comparata alla teoria del contratto nell'era delle conoscenze*, Milano, 2010.
- CARBONE P.L., *Latin American System*, in www.comparazionedirittocivile.it.
- CARBONE S. M. e MARESCA D., *Prospettive di riforma della legislazione in materia portuale*, in *Dir. Mar.*, 2009.
- CARBONE S. M., *La c.d. privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario*, in *Pubblico e Privato nella portualità mediterranea*, Atti della Tavola Rotonda del 29 gennaio 2000, in *Dir. Mar.*, 2000.
- CARBONE S.M. e MUNARI F., *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano 2006.
- CARBONE V., *Abuso di posizione dominante, rifiuto della prestazione e provvedimento d'urgenza*, in *Corr. Giur.* 1995, p. 338.
- CARTEI G.F., *Il Servizio Universale*, Giuffrè, Milano, 2002.
- CASALINI D., *L'alternativa tra mercato e auto-produzioni di beni e di servizi*, in *Foro amm. CDS*, 2008.
- CASANOVA M., *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano, 1986.
- CASSESE S., *Concessione di beni pubblici e "diritto di insistenza"*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 4.
- CASTRO A. V. J., *Legística e Modelos de Avaliação Legislativa: uma proposta para o aprimoramento da produção normativa municipal de Belo Horizonte*, disponibile su: https://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/legistica_modelos.pdf.
- CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. Pubbl. Com.*, 2006.
- CHLOMOUDIS - PALLIS, *European Union Port Policy – The Movement Towards a Long-Term Strateg*, Grammatica S.A., Atene, 2002.
- CITRIGNO A. M., *Autorità portuale*, Milano, 2003.

- CLEVE C.M., *Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, Serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de uso de terminais privativos mistos*, Interesse Público, ano 10, n. 51, p. 126-127, set./out. 2008.
- COLAGELO G., *La concorrenza difficile: i servizi di handling nel settore aeroportuale* in *Foro it.*, 2000, I, p. 2082.
- COLLYER W. O., *Lei dos portos: o Conselho de Autoridade Portuária e a busca da eficiência*, São Paulo, Lex editora, 2008.
- COSTA P, MARESCA M., *Il futuro europeo della portualità italiana*, Marsilio, Venezia, 2013.
- CRETELLA JUNIOR J., *Tratado do domínio público*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- D'AMELIO M., *Nuovo Digesto Italiano*, UTET, Torino, v. 1, 1937.
- DA PADUA FERNANDES B. A. - MENICUCCI FIGUEIREDO C., *O Poder Judiciário y a Integração Internacional: o caso do Mercosur*, in *Mercosur – Forum de Debates*, 2001.
- DE CAPITE, *Essential Facilities Doctrine: una disciplina in cerca d'identità*, in *Riv. dir. impresa*, 1999.
- DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES I., *Evolução histórico jurídica do regime de exploração de porto no Brasil e o regime na Constituição de 1988*, in *Revista Brasileira de Direito Publico*, ano 12, jul./set. 2012.
- DE VITA A., voce *Lease*, in *Digesto civ.*, X, Torino, 1999.
- DELLEY J. D. e FLÜCKIGER A., *A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística*, in *Cadernos da Escola do legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n.14, p. 35-58, jan./dez. 2007.
- DI PIETRO M. S. Z., *Direito Administrativo*, 26 ed. São Paulo, Atlas, 2013.
- DI PIETRO M. S. Z., *Parcerias na Administração Pública*, São Paulo, ATLAS, 2006.
- DI PIETRO P., *La dimensìon social del Mercosur*, in *Rev. Observatorio Social*, B.A., 2003, n. 12.
- DUCA G., *Impresa terminalista e affidamento a erzi dell'attività*, in *Dir. Mar.*, 2003.
- ESPOSITO M., *I beni pubblici*, in *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE M., Torino 2008.
- FARRELL S., *Financing European Transport Infrastructure*, Londra, 1999.
- FERREIRA G. M., *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- FILHO M. J., *Regulação Portuária no Direito brasileiro*, in *Revista de Direito Público e regulação*, n. 4, nov. 2009.
- FILHO M. J., *Teoria geral das concessões de serviço público*, Brochura, 2003.
- FONSECA R.M., *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, XXXIII/XXXIV.

- FRAGA ARAÚJO E. H. - FLORÊNCIO A. S. L. , *Mercosul hoje*, São Paulo, Alfa Omega, 1996.
- GAMBARO A., *La proprietà nel diritto anglo-americano*, in CANDIAN A., GAMBARO B., POZZO B., *Property, Proprietè, Eigentum*, Padova, 1992.
- GARCIA F. A. e DE FREITAS R. V., *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração portuária*, in BOCMANN MOREIRA E., cit., p. 238.
- GARCIA F. A., *Regulação jurídica das rodovias concedidas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- GIORDANO, *Aeroporti e antitrust al vaglio della cassazione: un decollo mancato*, in *Giur.it.*, 2000, p. 2312.
- GRECO A., *Demanio Marittimo ed assetto territoriale: recenti tendenze e proposte*, in *materia di Porti, mare e territorio*, 1979.
- GUIMARAES PEREIRA C. A., *A medida provisória 595: mudanças no marco regulatório do setor portuário no Brasil. As principais mudanças e perspectivas sobre os serviços portuários a partir da MP 595*, in *Interesse Público*, Fórum, 77, 2013.
- HAMZA G., *L'influsso delle tradizioni del diritto romano e del diritto privato europeo-continentale sugli ordinamenti giuridici extraeuropei – Rassegna globale*, in *Diritto @ storia, Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 12/2014, issn 1825-0300;
- INGRATOCI C., *La concessione di aree e banchine*, in *Dir. Mar.*, 2007.
- LOFFREDO, *La posizione dominante ed i comportamenti abusivi all'esame dei giudici cagliaritari: l'handling aeroportuale e le società di gestione*, in *Riv. Giur. Sarda*, 1999, p. 679.
- JOPPERT RAGAZZO C. E., *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. disponível su http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=carlos_ragazzo.
- JUSTEN FILHO M., *Concessões de Serviço Público*, São Paulo, Dialética, 1997.
- JUSTEN FILHO M., *Teoria geral das concessões de serviço público*, São Paulo, Dialética, 2003.
- JUSTEN FILHO, M., *O regime jurídico dos operadores de terminais portuarios no direito brasileiro*, in *Revista de Direito Público da economia*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, 2006.
- KEPPENNE J. P., *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, 1999.
- KEZSBOOM – GOLDMAN, *No Shortcut To Antitrust Analysis: The Twisted Journey Of The <<Essential Facilities>>*, in *Va. L. Rev.*, 1988, vol. 74.
- LOBO, C. A. da Silveira, *Os terminais Portuários na Lei n. 8.630/93*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, abr./jun., 2000.
- LONGOBARDI R., *I porti marittimi*, Torino, 1997.

LOTTINI M., *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubbl. Com.*, 2005.

LOURES S.L., *Neoconstitucionalismo e Produção legislativa: uma visão normativa do Direito e aplicação da Legística*, http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/revistaSenatus/pdf/Senatus_Vol7.pdf

LUPOI M., *Appunti sulla Real Property e sul Trust*, Milano, 1971.

MALINCONICO C., *Aiuti di Stato*, in CHITI M.P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007.

MAMELI B., *Le S.p.A. miste nella legge di riforma in materia portuale*, in *Urb. e app.*, 2001.

MARCOS PINTOS CORREIA GOMES, *O setor portuário e o novo marco regulatório*, in *Revista Brasileira de Direito Público*, RBDP, Belo Horizonte, Fórum, 2003.

MARESCA D., *La disciplina giuridica delle infrastrutture portuali, Assetti istituzionali e regolazione del mercato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2012.

MARESCA M., *La regolazione dei porti tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2001.

MARQUES NETO F. A., *A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a indelegabilidade do poder de polícia*, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, 2000.

MARQUES NETO F. A., *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*, Belo Horizonte, Fórum, 2009.

MARQUES NETO F. e LEITE F., *Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 231, Jan./Mar., 2003.

MARQUES NETO F., *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*, Forum, 2009.

MATTEI U., *Common Law: Il diritto anglo-americano*, in *Trattato di dir. comp.*, diretto da SACCO R., Torino, 1992.

MAXIMILIANO C., *Commentarios a Constituição brasileira*, 2 ed., Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos, 1923.

MAYER G., *Regulação portuária brasileira: uma reflexão sob a luz da análise econômica do Direito*, 2009, p. 51, *Dissertação (Mestrado)* - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, disponibile in <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/21807/1/Giovanna%20Mayer%20Dissertacao%20portos.pdf>

MEDEIROS BONFIN A., *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, agosto 2012.

MEDINA C., *Le norme del codice della navigazione sul monopolio delle compagnie portuali per conto terzi alla luce dei principi fondamentali del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea: il giudizio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. Mar.*, 1992.

- MELLO C. A. B., *Curso de direito administrativo*, 28 ed., São Paulo, Saraiva, 2011.
- MERUSI F., *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. Amm.*, 2010.
- MOCCIA L., *Glossario per uno studio di common law*, Milano, 1993.
- MORALES C. B., *Manual de Avaliação de Impacto Legislativo*, Coimbra, Almedina, 2012.
- MOREIRA E. B., *Exploração privada dos portos brasileiros: concessão versus autorização*, in *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 1, n. 0, p. 31-45, maio/jun. 2013.
- MOREIRA E. B., *A nova Lei dos Portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros*, in RIBEIRO L. C., FEIGELSON B., FREITAS R. V., *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferrovias, rodovias e mineração*, Belo Horizonte, Fórum, 2014.
- MOREIRA, E. B., *Anotações sobre a historia do Direito Economico brasileiro*, parte I. 1030-1956, in *Revista de Direito Público da economia*, Belo Horizonte, v. 6, 2004.
- MORGENSTERN, A., *Porto de Paranaguá: contribuições à história (período de 1648 – 1935)*, Serena, 1985.
- MOSCATI G., *Appunti brevi sul nuovo demanio marittimo nel diritto dei trasporti: riforma del sistema o delle fonti?*, in *Arch. Giur.*, 2003.
- MUNARI F., *Assetti e modelli organizzativi delle operazioni portuali dei servizi ad esse connessi alla luce della legge 30 giugno 2000, n. 186*, in *Dir. Mar.*, 2000.
- MUSSO E., *La regolazione del settore portuale*, in AA.VV., *La portualità del 2000*, Taranto, Fondazione Ammiraglio Michelagnoli, 2003.
- NOUSSIA, *The port policy of the Europa Union: current status and future prospect*, in *Dir. Mar.*, 2009.
- NUSDEO F., *Curso de economia: introdução ao direito econômico*, in *Revista dos Tribunais*, 5ª ed., São Paulo, 2008.
- OCTAVIO R., *Dominio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal*, 2, San Paolo (Brasile): *Acadêmica*, Saraiva, 1924.
- OLAVO BAPTISTA L., *Mercosur – Suas instituições y ordinamento juridico*, São Paulo, RTL, 1998.
- ORLANDI M., *La disciplina degli aiuti di Stato*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2006.
- PANEBIANCO M., *Rapporti Unione Europea-Unisur-Mercosur*, in *La protezione dell'ambiente e la collaborazione fra Unione Europea e il Mercosur* (a cura di FOIS P.), 2011.
- PANFORTI M. D., *La vendita immobiliare nel sistema inglese: storia di un problema nell'analisi comparata*, Milano, 1992.
- PENA C. – ROZEMBERG, *Uma Aproximación al desarrollo institucional del Mercosur: sus fortalezas y debilidades*, Bid-Intal, B.A., 2005.

- PEREIRA C. A. G., *A Medida Provisória nº 595: mudanças no marco regulatório do setor portuário no Brasil*, in *Interesse Público – IP*, 2012.
- PEREIRA C. L. B., *A Reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.
- PEREZ M. A., *O risco no contrato de concessão de serviço público*, Belo Horizonte, Fórum, 2006.
- PERICU G., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto Amministrativo*, Bologna, IV ed., 2005.
- PERTICI A., *Il conflitto d'interessi dell'armatore nominato Presidente di Autorità portuale*, in *Foro it.*, 2004.
- PIRAS M., *Le regole della concorrenza nel settore dei servizi aeroportuali*, in *Riv. Giur. Sarda*, 1999, p. 679.
- PIROPATO, *Open Access and the Essential Facilities Doctrine: Promoting Competition and Innovation*, in *U. Chi. Legal Forum*, 2000.
- POLICE A., *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, *Comentários a Constituição de 1934*, 3 ed., Rio de Janeiro, Borsoi, t.I, 1960.
- POWER J. G., *European Community competition law and Sea Ports*, in *Dir. Mar.* 2001.
- PREDIERI A., *Gli orientamenti nelle reti transeuropee*, in *Dir. Un. Eu.*, 1997.
- PUGLIESE G., voce *Property*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma.
- REZEK F., *Direito internacional público*, Saraiva, 2014.
- RIBEIRO L. C., *O novo marco regulatório*, in *Portos e seus Regimes Jurídicos*, in BOCMANN MOREIRA E., Belo Horizonte, Fórum Editora, 2014.
- RODRIGUEZ I.A.I., *La Asociación Estratégica UE-Brazil. Retórica y Pragmatismo en las Relaciones Euro-Brasileñas* (vol I), Madrid, CEU Ediciones, Serie Unión Europea no. 36, 2010.
- ROMAGNOLI A., *Il Piano regolatore portuale*, in *Dir. trasp.*, 2003.
- ROMAGNOLI A., *L'autorità portuale nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 2003.
- RUSSO R., *Il subingresso nella concessione dei beni del demanio marittimo (art. 46 cod. nav.)*, in *Riv. Dir. Nav.*, 1959, I.
- SANTA MARIA A., *Concorrenza e aiuti di stato*, Torino 2006.
- SANTOS DE A., *Direito dos serviços públicos*, Forense, 3/2013.
- SCHIRATO V. R., *A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil*, in *Revista de Direito Publico da Economia*, ano 6, jul./set. 2008, articolo presentato nel III Congresso Ibero-Americano de Regulação Econômica, promosso dalla Associação Ibero Americana de Estudos de Regulação (ASIER), svoltosi a San Paolo (Brasile) dal 25 al 27 giugno del 2008.

- SCHIRATO V. R., *A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuario no Brasil*, in *Revista de Direito Publico da Economia*, ano 6, jul./set. 2008.
- SCHIRATO V. R., *Coleção direito economico - Transporte aquaviários. Doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial*, 2012, Saraiva.
- SCHIRATO V. R., *Livre iniciativa nos serviços públicos*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.
- SCHIRATO V.R., *Transportes aquaviários*, São Paulo, Saraiva, 2012.
- SCHMIDT R., *La liberalizzazione dei servizi di interesse generale*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2003.
- SEBASTIO F., *La posizione dominante e il suo eventuale abuso*, in *Giust. Civ.*, 2000, I. p. 3175.
- SIDERI S., *Il Brasile e gli altri. Nuovi equilibri della geopolitica*, disponibile su **Errore. Riferimento a collegamento ipertestuale non valido.**
- SILVA A., *Privatização no Brasil e no novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”?*, in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, 2002.
- SIRAGUSA, BERETTA, *La dottrina delle Essential Facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1999.
- SOARES F. M., *Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação*, in *Cadernos da Escola do legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n.14, jan./dez. 2007.
- SUNDFELD C. A. - CÂMARA J. A., *Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias*, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, v. 10, n. 37, p. 9-26, jan./mar. 2012.
- SUNDFELD C. A., *Empresa estatal pode exercer o poder de polícia*, in *Boletim de Direito Administrativo*, v. 9, n. 2, fev. 1993.
- SUNDFELD C. A., *Guia jurídico das parcerias público-privadas, Parcerias público-privadas*, São Paulo, Malheiros, 2005.
- SUNDFELD C. A., *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?*, in *Portos e seus Regimes Jurídicos*, BOCKMANN MOREIRA E., Belo Horizonte, Fórum Editora, 2014.
- TACCOGNA G., *Assentimento dei terminal portuali*, in *Quaderni Regionali*, 2009.
- TACCOGNA G., *Il contenzioso tra Stato e Regioni innanzi alla Corte costituzionale, con riguardo alla nomina dei presidenti delle Autorità portuali (anche nella prospettiva della tensione tra interesse nazionale e c.d. federalismo di esecuzione)*, in *Dir. Mar.*, 2006, p. 415 ss.
- TACCOGNA G., *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro Amm. CDS*, 2008.
- TACCOGNA G., *L'indennizzo nella revoca delle concessioni demaniali marittime*, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, 2010.

- TACCOGNA G., *Le operazioni portuali del nuovo diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2000.
- TACCOGNA G., *Questioni in tema di gare per le concessioni relative a terminal portuali: grandi compendi e partecipazione dei concessionari di terminal contigui*, in *Dir. mar.*, 2011, 3.
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010.
- TROY, *Unclogging the Bottleneck: A New Essential Facilities Doctrine*, in *Colum. L. Rev.*, 1983, vol. 83.
- VALDES PRIETO V., *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago, Editorial Juridica de Chile, 2006.
- VAZ M. A., *As características das normas de direito econômico*, in *Direito econômico: a ordem econômica portuguesa*, 4 ed., Coimbra ed., 1998.
- VERMIGLIO G., voce *Autorità portuale*, in *Enc. Dir.*, VI agg., Milano, 2002.
- VESPASIANI T., *Piani regolatori portuali e disciplina urbanistica: un rapporto non ancora chiaramente definito*, in *App. Urb. Ed.*, 1999.
- VEZZOSO G., *Concorrenza in ambito portuale: spunti per la definizione di una moderna politica europea*, in *Trasporti*, 2002.
- VEZZOSO G., *Il progetto di direttiva comunitaria sull'accesso ai servizi portuali*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Fase. 3/2001.
- VEZZOSO G., *La riforma dei porti italiani in una prospettiva europea*, in *Rivista di diritto dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, Vol. XIII, 2015.
- VEZZOSO G., *Le occasioni mancate di una proposta di riforma dell'organizzazione portuale*, in *Dir. Mar.* 2010
- VEZZOSO G., *Politica portuale europea e riforma dei porti in Italia*, in *Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. XII, 2014.
- VIGEVANI T. – RAMANZINI H., *The Impact of Domestic Politics and International Changes on the Brazilian Perception of Regional Integration*, in *Latin American Politics and Society*, 2011.
- VIOLA L., *Il contratto: validità, inadempimento, risarcimento*, t. I, Padova, 2009.
- ZANELLA DI PIETRO M. S., *Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.
- ZANGHI' C., *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2000.