

DEMANIO E PATRIMONIO: Demanio marittimo turistico ricreativo - Proroga – Principi stabiliti dall’Adunanza Plenaria n. 107 del 2021 - Concessionari – Corresponsione del corrispettivo convenuto fino alla riconsegna.

Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 24 gennaio 2022, n. 116

- in *Guida al Diritto*, 5, 2022, pag. 66.

“[...] l’eventuale proroga, senza pubblica gara, delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative deve considerarsi illegittima, trattandosi di un provvedimento amministrativo adottato in conformità alla legge nazionale ma in violazione di direttiva autoesecutiva o di regolamento U.E. Legittimo è, pertanto, il provvedimento adottato dall’Autorità di sistema portuale oggi impugnato e prive di fondamento le deduzioni che avverso lo stesso sono state formulate con il ricorso di primo grado e ribadite con l’atto di gravame.

13. Ha precisato la sentenza della Plenaria che: “le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell’ordinamento dell’U.E”.

Proprio alla stregua di tale precisazione, e tenuto conto del fatto che l’attività di parte appellante non si è mai interrotta, il Collegio accoglie parzialmente la domanda di accertamento del diritto formulata con il ricorso introduttivo e, come esplicitamente richiesto in subordine da parte appellante, accerta l’efficacia della concessione demaniale marittima [...] sino al 31 dicembre 2023.

L’accoglimento parziale è dovuto al decisum dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e non intacca, sotto alcun profilo, la legittimità del provvedimento impugnato, con conseguente esclusione di ogni profilo di colpa dell’Amministrazione [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, ha respinto il ricorso proposto da Comet s.r.l., titolare di concessione demaniale, avverso il decreto del Presidente dell’Autorità di Sistema portuale dello Stretto 8 luglio 2020 n. 115, con cui è stata rigettata l’istanza per “la estensione della validità della concessione demaniale marittima, ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145”, nonché avverso gli atti prodromici e connessi (preavviso di rigetto 7 maggio 2020 n. 4104, relazione adottata dal preposto all’Area

demanio e autorizzazioni e nota 20 dicembre 2019 n. 34475 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti).

Con il ricorso introduttivo si chiedeva altresì l'accertamento "del diritto al riconoscimento dell'estensione della durata della concessione demaniale marittima n.0001/2009ME – Rep. n. 902 ed atti ricognitivi n.14/2015 rep.n.1236 del 3.11.2015 e n.26/2016 rep.n.1295 del 29.11.2016 sino al 31.12.2033".

2. Il T.a.r. Catania, in sintesi, ha:

- ritenuto non condivisibili le affermazioni del T.a.r. Lecce in ordine alla natura non *self-executing* dell'art. 12 direttiva 2006/123/CE e, in ogni caso, alla non legittimazione dell'organo amministrativo a disapplicare la legge interna, essendo l'accertamento della natura *self-executing* della direttiva riservato solo al giudice e precluso all'Amministrazione;
- dato seguito alla pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 7874/2019 in merito all'applicabilità dei principi di diritto UE in materia di libera circolazione dei servizi, di "par condicio", di imparzialità e di trasparenza, dei criteri sanciti dalla Corte di giustizia nella sentenza della Sezione V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15 con riferimento all'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE e dell'art. 49 TFUE, per le concessioni per le quali la direttiva non può trovare applicazione, nonché in ordine all'inapplicabilità delle proroghe disposte dal legislatore e alla sussistenza dell'obbligo di indire una procedura selettiva per l'affidamento di concessioni balneari e dell'obbligo del funzionario di non applicare la norma primaria nazionale o regionale in conflitto con il diritto europeo;
- ritenuto di non poter ravvisare una situazione di legittimo affidamento, atteso che i rinnovi sono intervenuti tempo dopo l'entrata in vigore della direttiva 2006/123.

3. Per ottenere la riforma di detta sentenza ha proposto appello l'originaria ricorrente.

4. Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto.

5. Sono intervenuti in giudizio, al fine di sostenere le ragioni dell'appellante, Assomarinas – Associazione Italiana Porti Turistici, la Regione Abruzzo, E.T. Edilizia e Turismo s.r.l., LG s.r.l.s., Lido Zanzibar s.r.l., Poseidone s.r.l. e Sud Platinum s.r.l., nonché l'Associazione Amici della terra onlus, Club Lago d'Idro e Valle Sabbia.

6. I motivi di doglianza a sostegno dell'appello possono essere sintetizzati nei seguenti termini:

- non sarebbe stato fatto buon governo delle regole in tema di prevalenza del diritto UE e del potere/dovere dell'apparato amministrativo di dare immediata applicazione ad una direttiva

(ritenuta priva di effetti diretti), in luogo di plurime norme nazionali che siano con essa in contrasto insanabile in via interpretativa;

- la P.A. sarebbe stata erroneamente esentata dall'obbligo di istruire ed esaminare, nel merito, l'istanza;

-non sarebbero stati rettamente percepiti ed applicati i principi di diritto UE che regolano la fattispecie concreta in punto di estensione della durata del titolo in essere anche alla luce della normativa interna diversa dalla L.n.145/2018 ((art. 182 del DL n. 34/2020, convertito in L. n. 77/2020 e l'art. 100 del DL n. 104/2020).

-in via gradata, sarebbero state violate le regole del procedimento e non è stato previamente acquisito il parere obbligatorio dell'organo collegiale previsto per legge.

7. Con decreto n. 160 del 2021, il Presidente del Consiglio di Stato, rilevato che la questione oggetto del ricorso riveste una particolare rilevanza economico-sociale che rende opportuna una pronuncia della Adunanza plenaria, onde assicurare certezza e uniformità di applicazione del diritto da parte delle amministrazioni interessate nonché uniformità di orientamenti giurisprudenziali, ha deferito d'ufficio il presente affare all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.a., rimettendo, in particolare, le seguenti questioni di diritto (che costituiscono il leitmotiv sostanziale dell'insieme delle doglianze avanzate in via principale):

1) se sia doverosa, o no, la disapplicazione, da parte della Repubblica Italiana, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative; in particolare, se, per l'apparato amministrativo e per i funzionari dello Stato membro sussista, o no, l'obbligo di disapplicare la norma nazionale confliggente col diritto dell'Unione europea e se detto obbligo, qualora sussistente, si estenda a tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli enti territoriali, gli enti pubblici in genere e i soggetti ad essi equiparati, nonché se, nel caso di direttiva *self-executing*, l'attività interpretativa prodromica al rilievo del conflitto e all'accertamento dell'efficacia della fonte sia riservata unicamente agli organi della giurisdizione nazionale o spetti anche agli organi di amministrazione attiva;

2) nel caso di risposta affermativa al precedente quesito, se, in adempimento del predetto obbligo disapplicativo, l'amministrazione dello Stato membro sia tenuta all'annullamento d'ufficio del provvedimento emanato in contrasto con la normativa dell'Unione europea o, comunque, al suo riesame ai sensi e per gli effetti dell'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., nonché se, e in quali casi, la circostanza che sul provvedimento sia intervenuto un giudicato favorevole costituisca ostacolo all'annullamento d'ufficio.

3) se, con riferimento alla moratoria introdotta dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77, qualora la predetta moratoria non risulti inapplicabile per contrasto col diritto dell'Unione europea, debbano intendersi quali «aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» anche le aree soggette a concessione scaduta al momento dell'entrata in vigore della moratoria, ma il cui termine rientri nel disposto dell'art. 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

8. Con la sentenza n. 17 pubblicata il 9 novembre 2021 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha preliminarmente estromesso dal giudizio gli intervenuti sopra elencati ed ha enunciato i seguenti principi di diritto:

1. Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione.

2. Ancorché siano intervenuti atti di proroga rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari. Non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi *tamquam non esset*, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto.

3. Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina

legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.

9. In data 22 dicembre 2021 parte appellante ha depositato memoria per precisare le proprie richieste da sottoporre all'esame del Collegio in considerazione del fatto che i principi affermati dal sommo consesso amministrativo minano la consistenza delle doglianze svolte in via principale con l'atto di appello.

Con la memoria si ribadisce "il denunciato deficit istruttorio nonché la dedotta violazione delle regole del procedimento in uno alla omessa acquisizione del parere obbligatorio previsto dalla L. n. 84/1994 che inficia il diniego".

Si critica la parte della sentenza di primo grado in cui si afferma che non sussiste in capo alla P.A. l'onere di disamina delle memorie procedurali ex art. 10 bis L. n. 241/90 in quanto "dovrebbe comunque farsi applicazione del disposto di cui all'art. 21-octies, II co, L. n. 241/1990, per cui non può essere annullato il provvedimento che non avrebbe potuto avere un contenuto dispositivo diverso da quello in concreto adottato".

Si deduce, infine, che ai sensi degli artt. 6, 8 e 9 della L. n. 84/1994, avrebbe dovuto esprimere un parere obbligatorio (invece omesso) il Comitato di gestione (c.d. funzione tecnico-gestionale).

10. In sede di discussione orale della causa nella pubblica udienza del 13 gennaio 2022 l'avvocato dell'appellante ha chiesto, in subordine, alla luce della decisione dell'Adunanza plenaria un accoglimento parziale della domanda con proroga della concessione fino al 31 dicembre 2023.

Su domanda del Presidente la difesa dell'appellante ha precisato che l'attività imprenditoriale connessa alla concessione *de quo* non è mai stata interrotta.

11. Nella stessa udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

12. L'appello deve essere parzialmente accolto nei termini che seguono.

Le deduzioni di parte appellante che hanno contestato, nel merito, il provvedimento impugnato ritenendolo assunto in contrasto con le regole che disciplinano i rapporti tra le norme multilivello e la legge statale che con le stesse si ponga in contrasto devono ritenersi infondate alla luce della sentenza dell'Adunanza plenaria sopra riportata.

In applicazione delle norme multilivello l'eventuale proroga, senza pubblica gara, delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative deve considerarsi illegittima, trattandosi di un provvedimento amministrativo adottato in conformità alla legge nazionale ma in violazione di direttiva autoesecutiva o di regolamento U.E.

Legittimo è, pertanto, il provvedimento adottato dall’Autorità di sistema portuale oggi impugnato e prive di fondamento le deduzioni che avverso lo stesso sono state formulate con il ricorso di primo grado e ribadite con l’atto di gravame.

13. Ha precisato la sentenza della Plenaria che: “le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell’ordinamento dell’U.E”.

Proprio alla stregua di tale precisazione, e tenuto conto del fatto che l’attività di parte appellante non si è mai interrotta, il Collegio accoglie parzialmente la domanda di accertamento del diritto formulata con il ricorso introduttivo e, come esplicitamente richiesto in subordine da parte appellante, accerta l’efficacia della concessione demaniale marittima n.0001/2009ME – Rep. n. 902 ed atti ricognitivi n.14/2015 rep.n.1236 del 3.11.2015 e n.26/2016 rep.n.1295 del 29.11.2016 sino al 31 dicembre 2023.

L’accoglimento parziale è dovuto al *decisum* dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e non intacca, sotto alcun profilo, la legittimità del provvedimento impugnato, con conseguente esclusione di ogni profilo di colpa dell’Amministrazione.

14. Non sono fondate le doglianze residue e riassunte nella memoria di parte appellante depositata in vista dell’udienza pubblica odierna.

15. Valga questa ricostruzione in fatto come introduzione alla presente decisione.

Con nota prot.n.4104 del 7 maggio 2020e, l’AdSP comunicava il preavviso di rigetto ex art. 10 bis della Legge n. 241/90 concernente l’istanza formulata da parte appellante il 30 aprile 2020, oggetto del presente giudizio.

Le motivazioni del previsto rigetto erano *funditus* illustrate ed erano relative alla tematica della disapplicazione della norma nazionale in contrasto con le norme eurounitarie.

Dopo la sospensione dei termini procedurali a causa della pandemia dovuta al Covid 19, parte appellante in data 25 maggio 2020, trasmetteva all’AdSP dello Stretto una memoria endoprocedimentale.

I motivi che con la memoria non esaminata venivano sottoposti all’attenzione dell’AdSP vengono così riassunti nella parte iniziale dell’atto:

1)la correttezza del richiamo alla decisione giurisprudenziale rispetto allo specifico caso in esame;

2) la circostanza per cui, nella specie, l'amministrazione apparato possa disapplicare una legge dello Stato anche alla luce del fatto che dopo l'avvio del procedimento, la norma "disapplicanda" è stata una seconda volta "rafforzata", "ribadita" - e addirittura "ampliata" rispetto alle fattispecie applicative originariamente previste - con atto d'urgenza dallo stesso legislatore consapevole sia delle criticità di principio sollevate da parte della Giustizia Amministrativa (sempre in occasione di giudizi incoati dai privati controinteressati), sia dei plurimi contraddittori atti amministrativi adottati da varie PP.AA. centrali e periferiche che, nel tempo, si sono in modo non uniforme occupate della materia dall'entrata in vigore della Legge n.145/2018 sino ad oggi.

Il riferimento è all'art.182, comma 2 del decreto legge c.d. rilancio n.34/2020.

16. Il Collegio precisa che nell'interpretare le norme che disciplinavano la partecipazione procedimentale prima delle importanti modifiche ad opera del d.l. 16 luglio 2020, n.76, (non applicabile nella presente fattispecie *ratione temporis*), la giurisprudenza ha optato prevalentemente per una lettura non formalistica. Soprattutto a fronte di una partecipazione procedimentale che assuma finalità difensive e non collaborative, come nel caso di specie.

Interpretando le norme vigenti al momento dell'adozione dell'atto impugnato, ha precisato il Consiglio di Stato:

“Nei procedimenti amministrativi la partecipazione è funzionale ad una più compiuta istruttoria e alla migliore rappresentazione degli interessi privati destinati ad essere incisi, ma non si spinge sino a identificarsi con il contraddittorio, tipico del processo, in cui ogni valutazione è sottoposta all'altra parte perché la stessa possa replicare nell'esercizio del proprio diritto di difesa in vista della decisione del giudicante. Contraddittorio e partecipazione non sono la stessa cosa. Il primo discende dall'art. 24 della Costituzione, il secondo dall'art. 97.

Del difetto di partecipazione può segnatamente discorrersi quando l'amministrazione da avvio ad un procedimento, per un motivo, e lo concluda per un motivo diverso in assenza di garanzie procedurali integrative, non già quando essa, in relazione al preannunciato motivo, e sulla base di un'istruttoria trasparente, addivenga alle proprie conclusioni senza avere previamente sentito l'opinione del partecipante” (Cons. St., sez. III, 30 marzo 2020, n. 2177).

La lettura in termini sostanzialistici delle norme che garantiscono la partecipazione viene ribadita da Cons. St., sez. II, 12 febbraio 2020, n. 1081:

“Sul punto ritiene il Collegio di richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale, per cui l'art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, così come le altre norme in materia di partecipazione procedimentale, non devono essere lette in senso formalistico, bensì avendo

riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione.

Per costante giurisprudenza, infatti, l'omissione del preavviso di rigetto non cagiona l'automatica illegittimità del provvedimento finale, qualora possa trovare applicazione l'art. 21-octies della stessa legge, secondo cui "non è annullabile il provvedimento per vizi formali non incidenti sulla sua legittimità sostanziale e il cui contenuto non avrebbe potuto essere differente da quello in concreto adottato"; poiché detto art. 21-octies, attraverso la dequotazione dei vizi formali dell'atto, mira a garantire una maggiore efficienza all'azione amministrativa, risparmiando antieconomiche ed inutili duplicazioni di attività, laddove il riesercizio del potere non potrebbe comunque portare all'attribuzione del bene della vita richiesto dall'interessato, l'atto amministrativo non può essere annullato"

Nella presente fattispecie dalla lettura sincronica del preavviso di rigetto, la memoria endoprocedimentale ed il provvedimento finale di reiezione dell'istanza risulta evidente come le argomentazioni di parte richiedente vengono, di fatto, non ritenute fondate dall'AdSP e la loro formale disamina non avrebbe certo modificato il contenuto del provvedimento finale.

Ex post, il giudizio di immodificabilità del provvedimento finale è confortato dalla decisione dell'Adunanza plenaria.

17. Non è fondata la dedotta violazione dell'art.6 della L.n.84/1994.

A prescindere dall'obbligatorietà o meno dell'acquisizione dei detti pareri, il vizio, se sussistente, patirebbe una sicura dequotazione ai sensi dell'art. 21- octies, secondo comma, della legge n. 241/1990.

In obbligatoria adesione ai principi affermati dall'Adunanza plenaria nel presente procedimento, il provvedimento adottato dall'AdSP non avrebbe potuto e non potrebbe avere contenuto diverso.

L'annullamento del provvedimento in forza del vizio dedotto non consentirebbe a parte appellante di ottenere il bene della vita per il quale ha chiesto la tutela giurisdizionale.

15. Vista la novità e la complessità delle questioni giuridiche affrontate dalle parti che hanno richiesto il pronunciamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le spese del doppio grado possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente nei termini di cui in motivazione.

Spese del doppio grado di giudizio compensate tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Giovanni Ardizzone, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Antonino Caleca

IL PRESIDENTE

Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO