

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Sospensione dell'atto impugnato e misure cautelari – Remand - Ratio.**

**Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2022, n. 4820**

- in *Il Foro amm.*, 6, 2022, pag. 806

*“[...] la concessione della misura cautelare del rinvio a nuova determinazione dell'amministrazione resistente (remand) non solo anticipa alla sede cautelare gli effetti propri di una pronuncia di merito – come accade per ogni provvedimento cautelare c.d. anticipatorio – ma nella maggior parte dei casi comporta che gli effetti anticipatori non abbiano carattere provvisorio, come dovrebbe essere proprio delle misure cautelari, ma, per la natura delle cose, irreversibili [...].*

*Infatti la nuova determinazione dell'amministrazione assunta proprio in esecuzione del rinvio disposto in sede cautelare con l'ordinanza propulsiva per il principio factum infectum fieri nequit dà vita ad un nuovo assetto del rapporto amministrativo sorto dal precedente e impugnato provvedimento, quante volte l'amministrazione effettui una nuova valutazione ed adotti un atto espressione di nuova volontà di provvedere, che costituisca pertanto un nuovo giudizio, autonomo e indipendente dalla stretta esecuzione della pronuncia cautelare, con la conseguenza che il ricorso diviene improcedibile ovvero si ha cessazione della materia del contendere laddove si tratti di un atto con contenuto del tutto soddisfacente della pretesa azionata dal ricorrente [...].”*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza straordinaria del 17 maggio 2022, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, il Cons. Federico Di Matteo; udito per Roma Capitale l'avvocato Alessandro Rizzo in collegamento da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento del 15 ottobre 2001 n. 1664 Roma Capitale disponeva *“la estinzione o la decadenza della concessione di suolo pubblico nel mercato domenicale di Porta Portese”* rilasciata a Maria Luisa Potenza e la sua *“cancellazione dall’elenco degli operatori del mercato domenicale di Porta Portese”*, per mancato pagamento della T.O.S.A.P. .

1.1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio Maria Luisa Potenza domandava l’annullamento del predetto provvedimento; il tribunale accoglieva l’istanza cautelare e sospendeva il provvedimento.

1.2. Pendente il giudizio, Roma Capitale con provvedimento del 22 marzo 2002 n. 408 revocava il precedente provvedimento n. 1664 del 2001 e adottava un nuovo provvedimento di decadenza (dalla concessione di occupazione di suolo pubblico nel mercato rionale di Porta Portese) per mancato pagamento C.o.s.a.p. relativamente all’anno 1999.

1.3. Avverso il nuovo provvedimento l’interessata proponeva autonomo ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, domandandone in via cautelare la sospensione.

L’istanza di sospensione, respinta dal giudice di primo grado, era accolta dal Consiglio di Stato che con ordinanza del 31 luglio 2002 n. 3314, ordinava all’amministrazione comunale di comunicare al difensore della ricorrente l’importo delle imposte arretrate da pagare nel termine del 15 settembre 2002 e ne imponeva alla parte il pagamento entro il 5 ottobre 2002, dandone poi prova al Comune *“per gli eventuali ulteriori provvedimenti”*.

1.4. In esecuzione dell’ordinanza l’amministrazione comunicava che gli arretrati C.o.s.a.p. dovuti dalla concessionaria ammontavano ad € 732,87; nel termine fissato Maria Luisa Potenza provvedeva al pagamento della predetta somma richiesta; con atto del 09 ottobre 2002 Roma Capitale comunicava ai propri legali e alla ricorrente l’avvenuto pagamento del canone C.o.s.a.p. per gli anni dal 1999 al 2002 e della T.o.s.a.p. per gli anni 1996 – 1998.

Fino all’anno 2019 Maria Luisa Potenza continuava a pagare le tasse dovute per la concessione di occupazione del suolo pubblico.

1.5. Con i decreti del 17 marzo 2014, n. 5282 e del 17 dicembre 2014, n. 21020 entrambi i giudizi erano dichiarati perenti.

2. Con ricorso notificato il 5 febbraio 2018 Maria Luisa Potenza adiva nuovamente il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio.

Dopo aver riferito le circostanze prima esposte, allegava che con atto concluso in forma notarile il 21 luglio 2016, rinnovato nella medesima forma il 9 gennaio 2017, aveva stipulato con Ullah Sana contratto di affitto dell’azienda con la quale occupava il suolo pubblico, ma che nel gennaio 2018 aveva constatato che il proprio posteggio (identificato con il n. 505) presso il mercato rionale di

Porta Portese era occupato da altri; aggiungeva che da informazioni assunte presso gli uffici comunali aveva appreso oralmente che a seguito della perenzione dei due giudizi proposti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'amministrazione aveva ritenuto che fosse priva d'interesse al mantenimento del suddetto posteggio; chiedeva quindi l'annullamento del provvedimento di decadenza presumibilmente assunto nei suoi confronti.

2.1. A sostegno dell'impugnativa la ricorrente:

-sosteneva in primo luogo *“la violazione della l. 241/90 e dei principi generali dell'azione amministrativa, anche in relazione all'art. 97 e 113 Cost. – violazione di legge per omissione (anche) di contrarius actus”*, assumendo che per dichiarare la revoca della concessione o la decadenza Roma Capitale avrebbe dovuto attivare un procedimento *ad hoc*, invitandola a parteciparvi secondo le regole del procedimento amministrativo;

- lamentava poi l' *“eccesso di potere (perplexità, sviamento, difetto di motivazione, difetto di istruttoria, e dei presupposti)”*, in quanto il provvedimento di revoca o decadenza della concessione era immotivato e comunque l'amministrazione non aveva considerato l'assenza di un pubblico interesse al ritiro o alla (ri)valutazione dell'interesse alla concessione di suolo pubblico, essendo stati regolarmente corrisposti i canoni di concessione nei quindici anni (dal settembre 2002 al gennaio 2018) successivi alla chiusura del contenzioso;

- deduceva in terzo luogo assumeva l'eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto d'istruttoria per aver l'amministrazione inferito dal mancato pagamento della T.O.S.A.P la circostanza che la stessa non avesse più interesse al mantenimento della licenza.

2.2. Nella resistenza di Roma Capitale l'adito tribunale con la sentenza in epigrafe dichiarava il ricorso improcedibile per carenza di interesse.

In particolare il tribunale rilevava che la postazione interessata dalla occupazione di suolo pubblico, a seguito della perenzione dei succitati giudizi e della conseguente definitività delle determinazioni decadenziali assunte con i provvedimenti n. 1664 del 2001 e n. 408 del 2002, era stata affidata da Roma Capitale ad altro soggetto con provvedimento non impugnato.; aggiungeva poi che, in considerazione dell'avvenuta estinzione dei giudizi per perenzione, i provvedimenti dirigenziali erano definitivamente efficaci e il comportamento dell'amministrazione comunale andava esente dalle doglianze prospettate dalla ricorrente.

3. Propone appello la sig.ra Maria Luisa Potenza; si è costituita Roma Capitale.

Le parti hanno depositato memorie *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm., cui ha replicato Roma Capitale.

All'udienza del 17 maggio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. L'appello è articolato in sette motivi.

I primi due motivi possono essere congiuntamente esaminati per la loro intima connessione.

4.1. Con il primo motivo, rubricato “*Violazione dell’art. 112 e 115 c.p.c. nonché del principio della domanda. Travisamento dei fatti e errore nei presupposti*”, l’appellante lamenta che il tribunale nel dichiarare improcedibile il ricorso di primo grado avrebbe dato per esistente un fatto, il rilascio di un provvedimento di concessione del posteggio n. 505 a terzi, che non era stato dedotto da nessuna delle parti in giudizio.

4.2. Con il secondo motivo, rubricato “*Violazione e falsa applicazione dell’art. 73, III comma c.p.a. e dell’art. 112 e 115 c.p.c.*”, l’appellante deduce la inammissibile adozione nel giudizio in esame di una sentenza c.d. «della terza via» o «a sorpresa» in violazione dell’art. 73, comma 3, cod. proc. amm., in quanto la ragione di improcedibilità del ricorso per carenza di interesse – l’intervenuta adozione di un provvedimento di concessione del posteggio a terzi – non era stata previamente indicata alle parti né con segnalazione a verbale, né mediante ordinanza con assegnazione di termine per deduzione, con conseguente nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa.

3. I motivi sono fondati.

3.1. La sentenza impugnata è effettivamente una sentenza c.d. della terza via, poiché ha posto a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio dal giudice senza che la stessa fosse stata previamente sottoposta al contraddittorio delle parti.

E’ stato affermato che “*costituisce violazione del diritto del contraddittorio processuale e del diritto di difesa, in relazione a quanto dispone l’art. 73, comma 3, c.p.a., l’essere stata posta a fondamento di una sentenza di primo grado una questione rilevata d’ufficio, senza la previa indicazione in udienza o l’assegnazione di un termine alle parti per controdedurre al riguardo*” (cfr. Cons. St., Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045; Cons. St., sez. V, 2 gennaio 2019, n. 11; Cons. St., sez. VI, 1° aprile 2019, n. 2151).

3.2. E’ pacifico che la stessa amministrazione comunale (nelle memorie difensive) ha precisato di non aver rilasciato formalmente alcun titolo concessorio ad altri per il posteggio in questione, così che il tribunale ha erroneamente dichiarato l’improcedibilità del ricorso per carenza di interesse, per aver ritenuto verificatosi un fatto – l’adozione di un provvedimento concessorio a favore di terzi – non solo non dedotto in giudizio dalle parti, ma smentito dalla stessa amministrazione intimata.

3.3. A tanto consegue l’annullamento della sentenza, ma non anche il rinvio della causa al giudice di primo grado: la ragione di regressione al primo grado del giudizio – la nullità della sentenza – è infatti assorbita dall’accertata insussistenza della ragione di improcedibilità rilevata dal giudice di primo grado.

Invero l'appellante risulta essere vittoriosa sulla questione in relazione alla quale il giudice avrebbe dovuto provocare il contraddittorio, in ossequio all'art. 73, comma 3, cod. proc. amm.; poichè, con l'accoglimento del motivo di ricorso relativo all'errata declaratoria di improcedibilità la parte appellante ottiene tutto quello che avrebbe potuto ottenere se il contraddittorio fosse stato pieno, non vi è ragione per rimettere la questione al giudice di prime cure, anche alla luce del principio di ragionevole durata del processo *ex art 111 Cost.*. Né d'altra parte un interesse alla regressione può sussistere per l'amministrazione comunale la quale, come già evidenziato, ha affermato di non aver adottato alcun provvedimento di assegnazione del posto mercatale a favore di altri.

4. Deve perciò procedersi all'esame delle censure sollevate dall'interessata col ricorso di primo grado, censure che sono state sostanzialmente riproposte, sia pur in modo non sempre preciso, con gli altri motivi di gravame.

4.1. L'interessata aveva lamentato *Eccesso di potere per contraddittorietà, perplessità, sviamento, travisamento dei fatti ed errore nei presupposti* in quanto, a seguito della perenzione dei due ricorsi n.r.g.1016/2002 e n.r.g. 5133/2002, Roma Capitale aveva continuato a richiedere i pagamenti per la concessione del posto mercatale (pagamenti che erano stati regolarmente eseguiti), così ingenerando un ragionevole affidamento circa la persistenza nel rapporto di concessione, con la conseguenza che la revoca/decadenza dalla originaria concessione e/o l'assegnazione dell'area mercatale ad altro operatore economico era palesemente illegittima.

5. Il motivo è fondato alla stregua delle osservazioni che seguono.

5.1. Preliminarmente occorre rilevare che, come dedotto dall'amministrazione, alcun provvedimento di concessione a terzi del posteggio originariamente assegnato alla interessata è stato mai adottato e che ugualmente non è stato adottato alcun provvedimento di decadenza della concessione di cui era titolare originariamente l'interessata; in realtà l'amministrazione ha ammesso che a suo avviso il rapporto concessorio sarebbe venuto meno in ragione della persistente validità ed efficacia del provvedimento decadenziale 22 marzo 2022, n. 408, (occorre, infatti, rammentare che il primo provvedimento di decadenza, del 15 ottobre 2001, n. 1664, era stato revocato dalla stessa amministrazione comunale), impugnato col ricorso poi dichiarato perento.

Ciò comporta che oggetto del presente giudizio è l'accertamento della fondatezza della pretesa di Maria Luisa Potenza di poter continuare ad occupare il posteggio già assegnatole.

5.2. Deve a tal fine indagarsi sulla natura dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato del 31 luglio 2002, n. 3314, adottata nell'ambito del giudizio di impugnazione del provvedimento di decadenza dalla concessione del 22 marzo 2002, n. 408.

Tale ordinanza va correttamente qualificata come ordinanza c.d. di *remand*; in essa è, infatti, prefigurato un vero e proprio procedimento amministrativo cui l'amministrazione avrebbe dovuto attenersi, essendole stato ordinato di quantificare le somme non corrisposte dalla Maria Luisa Potenza, la quale avrebbe dovuto versarle entro un dato termine, fornendone prova all'amministrazione, che avrebbe dovuto adottare gli "eventuali ulteriori provvedimenti".

Secondo giurisprudenza consolidata, la concessione della misura cautelare del rinvio a nuova determinazione dell'amministrazione resistente (*remand*) non solo anticipa alla sede cautelare gli effetti propri di una pronuncia di merito – come accade per ogni provvedimento cautelare c.d. anticipatorio – ma nella maggior parte dei casi comporta che gli effetti anticipatori non abbiano carattere provvisorio, come dovrebbe essere proprio delle misure cautelari, ma, per la natura delle cose, irreversibili (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2260).

Infatti la nuova determinazione dell'amministrazione assunta proprio in esecuzione del rinvio disposto in sede cautelare con l'ordinanza propulsiva per il principio *factum infectum fieri nequit* dà vita ad un nuovo assetto del rapporto amministrativo sorto dal precedente e impugnato provvedimento, quante volte l'amministrazione effettui una nuova valutazione ed adotti un atto espressione di nuova volontà di provvedere, che costituisca pertanto un nuovo giudizio, autonomo e indipendente dalla stretta esecuzione della pronuncia cautelare, con la conseguenza che il ricorso diviene improcedibile ovvero si ha cessazione della materia del contendere laddove si tratti di un atto con contenuto del tutto soddisfacente della pretesa azionata dal ricorrente (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2020, n. 2085; VI, 19 settembre 2018, n. 5466; III, 4 settembre 2017, n. 4188).

5.3. Ciò è quanto accaduto nella vicenda *de qua*: a seguito dell'ordinanza di *remand* e degli atti (dell'amministrazione e del privato) che in esecuzione della stessa sono stati adottati, si è determinato e consolidato un nuovo assetto del rapporto amministrativo che è valso a superare la precedente decadenza pronunciata dall'amministrazione.

Più esattamente si è determinata la sanatoria della situazione della ricorrente per le morosità accertate e la rinnovazione automatica negli anni successivi del rapporto concessorio, dovendo intendersi per sanatoria il superamento della originaria situazione di irregolarità (l'occupazione del suolo pubblico in situazione di morosità per mancato pagamento nei termini del canone concessori) in conseguenza della più volte ricordata serie provvedimento ordinata dal giudice, il cui completamento è stato confermato (sia pur con la mera presa d'atto dell'avvenuto pagamento) con nota di Roma Capitale del 9 ottobre 2022 prot. n. 52774.

Del resto non può sottacersi che il rapporto concessorio è poi continuato negli anni successivi in applicazione di quanto previsto dal Regolamento di Roma Capitale sulla concessione e sul canone

per l'occupazione di spazi e aree pubbliche, *ratione temporis* vigente, l'art. 10, comma 2, secondo periodo disponendo che: «*Le concessioni annuali possono essere rinnovate con il pagamento del canone stabilito per l'anno di riferimento, previa comunicazione trasmessa dal titolare entro gli stessi termini e a condizione che l'occupazione resti inalterata*» (valendo quale comunicazione del titolare la trasmissione dei bollettini di pagamento del canone e dovendo precisarsi che analoghe previsioni sono presenti anche nelle versioni del Regolamento successive a quella richiamata).

5.4. Pertanto, stante il nuovo assetto del rapporto conseguente alla sanatoria, l'esito dei giudizi di impugnazione dei provvedimenti decadenziali (*id est*, la loro prerenzione) è da ritenersi del tutto irrilevante, essendo essi superati dalle vicende successive prima indicate: in definitiva la perenzione ha definito i giudizi senza che ve ne siano seguiti effetti sul rapporto amministrativo (ed anzi l'inerzia delle parti si piega proprio per l'inutilità di una eventuale pronuncia, onde non può negarsi che se non vi fosse stata perenzione quel giudizio identicamente si sarebbe concluso con una sentenza di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse).

5.5. L'accoglimento della censura esaminata comporta assorbimento di tutti gli altri motivi, essendo pienamente satisfattivo dell'interesse della sig. Maria Luisa Potenza.

6. In conclusione l'appello va accolto nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto pure nei sensi di cui in motivazione il ricorso di primo grado della sig. Maria Luisa Potenza.

7. Le spese del doppio grado di giudizio possono essere per metà compensate tra le parti e per l'altra metà sono poste a carico di Roma Capitale, nella somma liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie pure nei sensi di cui in motivazione il ricorso di primo grado della sig. Maria Luisa Potenza.

Condanna Roma Capitale al pagamento di metà delle spese di entrambi i gradi del giudizio, che liquidano in € 2.000,00, oltre accessori di legge, se spettanti, a favore di Maria Luisa Potenza; compensate per il resto.

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

Così deciso nella camera di consiglio del 17 maggio 2022, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Federico Di Matteo**

**IL PRESIDENTE**

**Carlo Saltelli**

**IL SEGRETARIO**