

CONS. ST., SEZ. VI, 15 APRILE 2008, N. 1751

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla GESVIT - Gestione Villaggi Turistici S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv.to Orazio Abbamonte, con domicilio eletto in Roma, via Terenzio, n. 7, presso lo studio dell'avv.to Titomanlio;

contro

l'Agenzia del Demanio in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliato ex lege in Roma via dei Portoghesi n. 12;

il Comune di Massa Lubrense, in persona del Sindaco p.t., non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sez. VII[^], n. 6054/2007 del 08.06.2007;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Agenzia del Demanio;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore per la pubblica udienza del 12 febbraio 2008 il Consigliere Polito Bruno Rosario;

Uditi per le parti l'avv.to Sanino e l' Avvocato dello Stato Saulino;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

in fatto

Con due distinti ricorsi proposti avanti al T.A.R. per la Campania la GESVIT S.p.a. impugnava, assumendone l' illegittimità per motivi di violazione di legge ed eccesso di potere:

- il provvedimento della Capitaneria di Porto di Castellammare di Stabia n. 26595 del 25 novembre 2003, di reiezione della domanda della società ricorrente in data 18 marzo 2002, volta ad ottenere in concessione una zona di demanio marittimo sita nel territorio del comune di Massa Lubrense, prospiciente un' area di proprietà della Società medesima, nonché ogni altro atto connesso e consequenziale, ivi compresi il decreto n. 158 in data 12 novembre 2003, con il quale la Capitaneria di Porto di Castellammare di Stabia aveva fissato i criteri da seguire nel rilascio di concessioni demaniali in aree protette; la circolare del Ministero dei Trasporti e della navigazione n. 120 del 24 maggio 2001 e la delibera della Giunta Regionale della Campania n. 2000 del 17 maggio 2002 (ricorso n. 837/2004);

- il provvedimento n. 15515 del 23 maggio 2006, a firma del responsabile dell'Ufficio Attività Produttive del Comune di Massa Lubrense, con il quale era comunicato alla società ricorrente la sospensione del procedimento di rilascio della concessione relativa alla predetta area del demanio marittimo fino alla definizione di ogni contenzioso pendente innanzi alle autorità giudiziarie amministrative e civili ed alla conseguente regolarizzazione del debito erariale verso l' Agenzia del Demanio; la nota

dell' Agenzia del Demanio - Filiale Regionale della Campania n. 7170 del 27 aprile 2006 ed ogni altro atto preordinato, connesso o conseguente (ricorso n. 5117/2006).

Il T.A.R. adito, riuniti i ricorsi, dichiarava il primo improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione e respingeva il secondo perché infondato nel merito.

Il T.A.R., in particolare, rilevava:

- che la statuizione del Comune di Massa Lubrense di sospendere l' esame sulla domanda di rilascio della concessione demaniale non era preclusa dalla formazione del silenzio assenso sulla domanda medesima, secondo il disposto di cui all' art. 20, comma primo, della legge n. 241/1990, a ciò ostando il precedente accordo procedimentale intervenuto il 10.06.2005 fra la GESVIT S.p.a. e l' Agenzia del Demanio, sostitutivo, ai sensi dell'art. 11, comma primo, della legge citata, della conclusiva determinazione provvedimento dell' Amministrazione;

- che detto accordo prevedeva il rilascio di una concessione per il tempo necessario all' accertamento in via amministrativa, ai sensi dell'art. 32 cod. nav., del confine dell' area di proprietà della ricorrente con il demanio marittimo, come avvalorato dalla durata temporale limitata ad un anno della polizza fideiussoria stipulata a garanzia del pagamento di canoni eventualmente dovuti all' Agenzia del Demanio;

- che la GESVIT S.p.a. aveva violato l' obbligo assunto in convenzione di non porre in essere azioni giudiziarie circa gli obblighi di pagamento di canoni pregressi, così introducendo una causa giustificativa del recesso dell' Amministrazione;

- che a fronte dell' inadempimento dell' impegno assunto correttamente il Comune di Massa Lubrense, su invito rivolto dall' Agenzia del Demanio, ha sospeso il procedimento di rilascio della concessione *“sino alla definizione del contenzioso pendente innanzi alle autorità giudiziarie amministrative e civili e alla conseguente regolarizzazione del debito erariale”*.

Avverso detta sentenza la Soc. GESVIT ha proposto appello ed ha contrastato con articolati motivi le conclusioni del T.A.R. e chiesto l' annullamento della decisione.

In sede di note conclusive la Società ricorrente ha insistito nelle proprie tesi difensive.

All' udienza del 12 febbraio 2008 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

motivi della decisione

1). Vanno preliminarmente esaminate le eccezioni dell' Agenzia del Demanio di inammissibilità del ricorso che ha introdotto il contenzioso avanti al T.A.R. per la Campania.

1.1). Diversamente da quanto eccepito dall' Amministrazione resistente l' impugnativa avanti al T.A.R. non si configura tardivamente proposta rispetto alla data di cognizione da parte della Soc. GESVIT della nota dell' Agenzia del Demanio in data 27.04.2006, con la quale si sollecita il Comune di Massalubrense a sospendere l' istruttoria finalizzata al rilascio della concessione demaniale, trattandosi di atto che configura un mero parere o manifestazione di intento di organo diverso da quello competente ad emettere provvedimento finale. Pertanto ogni doglianza è stata fatta

correttamente valere avverso la nota in data 23.05.2006 del Comune di Massalubrense - subentrato nella competenza a provvedere nella materia - recante la sospensione di ogni determinazione circa il rilascio del titolo concessorio fino all'esito di ogni contenzioso pendente avanti autorità giudiziaria in ordine al bene facente parte del demanio marittimo ed alla conseguente regolarizzazione del debito erariale.

1.2). L' oggetto di detto contenzioso, che investe la delimitazione del confine della proprietà demaniale rispetto ad area adiacente di proprietà della Soc. GEVIT, in contrario a quanto opposto dall' Agenzia del Demanio, non fa venir meno l' interesse della Soc. GESVIT alla definizione della presente impugnativa, proposta a tutela della diversa pretesa ad ottenere in concessione l' area di cui si contesta il titolo di proprietà nelle more della definizione di ogni controversia al riguardo insorta .

2) Passando all'esame del merito non va condiviso il primo mezzo di impugnativa con il quale la Soc. GESVIT sostiene, con richiamo all'art. 20 della legge n. 241/1991, che sulla domanda di rilascio di concessione demaniale marittima si sarebbe formato silenzio assenso, non essendo intervenuta alcuna determinazione esplicita dell' Amministrazione nel periodo di novanta giorni successivo alla data del 12.07.2005, di adempimento di tutti gli oneri imposti dall' Agenzia del Demanio ai fini del rilascio della concessione medesima.

Osserva la Sezione che l' invocato art. 20 della legge n. 241/1990 prevede la formazione del silenzio assenso nel caso di inerzia a provvedere dell' Amministrazione con riferimento ad istanze di rilascio di *“autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso od altro atto di*

consenso comunque denominato, cui sia subordinato lo svolgimento di un'attività privata" e rinvia ad atto regolamentare, da adottarsi ai sensi dell'art. 17, comma secondo, della legge n. 400/1988, la determinazione dei casi e delle categorie di atti per i quali può formarsi il silenzio assenso dopo il decorso del termine per provvedere stabilito per ciascuno di essi.

Il provvedimento al cui rilascio aspira dal Soc. GESVIT ha natura concessoria e determina l'effetto traslativo in capo al beneficiario di un diritto di uso speciale dell'area demaniale, sottraendola alla sua destinazione naturale di soddisfare esigenze generali della collettività, che non fa parte della sua sfera giuridica del richiedente.

L'art. 20 della legge n. 241/1990, in relazione alle categorie di atti in esso elencate ed al richiamo alla loro destinazione funzionale alla rimozione di un limite all'esercizio di attività del privato, è invece chiamato ad operare con riguardo alle determinazioni provvedimentali di natura autorizzatoria, che sono quelle con le quali la pubblica amministrazione conferisce al soggetto autorizzato la facoltà di esercitare un diritto o un potere che preesiste all'autorizzazione stessa, ma allo stato solo potenziale, la cui espansione resta impedita fino a quando l'autorità competente accerti che sussistano le condizioni per il suo esercizio o, quantomeno, l'assenza di ragioni a ciò contrarie.

Tale conclusione è avvalorata dalla regolamentazione attuativa dell'art. 20 della legge n. 241/1990 (dd.P.R. n. 300/1992 e n. 407/1994), che non include le concessioni demaniali fra le categorie di atti per i quali all'inerzia a provvedere entro il termine indicato possa far seguito il rilascio in forma tacita.

2.1). Ciò posto non va condivisa la tesi della difesa erariale secondo la quale la posizione assunta dall' Agenzia del Demanio, ostativa al rilascio della concessione demaniale, verrebbe a configurare un recesso, ai sensi dell'art. 11, comma quarto, della legge n. 241/1990, da un accordo intervenuto con la Soc. GESVIT che, tra l' altro, subordinava l' utilizzo dell'area all' obbligo posto a carico della Società medesima di non proporre azioni giudiziarie in ordine all' estensione della proprietà demaniale.

Deve, invero, escludersi – in contrario a quanto appare prospettare il giudice di prime cure – che nella specie, ai fini della costituzione dell' uso speciale dell'area demaniale, sia intervenuto fra l' Amministrazione ed il privato un accordo sostitutivo del provvedimento secondo la disciplina dettata dall' art. 11 della legge n. 241/1990.

Difetta, in primo luogo, ogni preventiva e formale determinazione dell' organo competente al rilascio della concessione di avvalersi dello strumento dell'accordo sostitutivo che, ai sensi dell'art. 11, comma quarto bis, della legge n. 241/1990, deve precedere la fase di stipula fra le parti del contenuto dello stesso.

Sul piano sostanziale, inoltre, l' intesa raggiunta fra la Soc. GESVIT e l' Agenzia del Demanio riguardava solo talune condizioni da introdurre nell' atto concessorio - volte a non pregiudicare la definizione delle questioni pendenti circa l' estensione della proprietà demaniale e, segnatamente, il diritto dell' Amministrazione a percepire somme a titolo di canoni per occupazione eventualmente dovuti dalla Società appellante, da garantirsi a mezzo di fideiussione - ma non sostituiva affatto il provvedimento medesimo, al cui rilascio doveva provvedere per di più un

autorità diversa dalla predetta Agenzia (Capitaneria di Porto Di Castellammare di Stabia e poi Comune di Massalubrense subentrato nelle attribuzioni della materia). Del resto della necessità che le clausole concordate nella fase istruttoria del procedimento dovessero poi essere recepite nell'atto unilaterale ed autoritativo di rilascio del titolo concessorio – secondo lo schema delle c.d. concessioni contratto – si configura consapevole la stessa Amministrazione del demanio, che con la nota del 27.04.2006, cui in precedenza è stato fatto richiamo, ha in prosieguo espresso nei confronti del Comune di Massalubrense formale invito a sospendere ogni istruttoria per il rilascio della concessione di cui è causa.

2.2). Sono fondati i motivi articolati dalla Soc. GESVIT avverso la determinazione con la quale il Comune di Massalubrense – subentrato nelle competenze della Capitaneria di Porto - ha sospeso ogni decisione in ordine al rilascio della concessione demaniale marittima.

Sotto un primo profilo, come dedotto dalla parte istante, detta determinazione non è assistita da alcuna autonoma motivazione dell'organo competente a provvedere, che si è limitato a recepire acriticamente la sollecitazione formulata dall'Agenzia del Demanio di sospendere l'istruttoria.

Inoltre, l'instaurazione di contenzioso da parte della Soc. GESVIT circa la delimitazione ai sensi dell'art. 32 cod. nav. del demanio marittimo rispetto al terreno di sua proprietà non configura inadempimento di obblighi in precedenza assunti nei confronti dell'Agenzia del Demanio.

La Società istante non ha, infatti, mai rinunciato all'esercizio del diritto di azione si è a ciò determinata solo in presenza dell'inerzia

dell'Autorità Portuale ad emettere il formale titolo di concessione, malgrado l'acquisizione di tutti i pareri favorevoli delle amministrazioni interessate e l'assolvimento degli oneri di pagamento e di garanzia posti a suo carico.

Unica clausola condizionante il rilascio della concessione era la prestazione di garanzia fideiussoria per l'intero importo dei canoni di occupazione pretesi dall'Autorità del Demanio. Ma tale obbligo la Società GESVIT non ha mai voluto disconoscere né ad esso ha inteso sottrarsi, come dimostra la circostanza che la garanzia è stata poi effettivamente prestata, non discostandosi delle indicazioni che si rinvergono nell'ordinanza cautelare della Sezione n. 6011/2006.

3). Non va condiviso il motivo con il quale la Soc. GESVIT sostiene che il T.A.R. avrebbe dovuto dichiarare, la cessazione della materia del contendere e non l'improcedibilità del primo dei ricorsi decisi con la sentenza che si appella, diretto avverso un precedente provvedimento della Capitaneria di Porto di Castellammare di Stabia n. 26595 del 25 novembre 2003, recante il diniego di concessione per la medesima area del demanio marittimo.

Non essendo intervenuta alcuna determinazione integralmente soddisfacente della pretesa fatta valere – cui l'art. 23, ultimo comma, della legge n. 1034/1971 circoscrive l'ipotesi di definizione del giudizio per cessazione della materia del contendere – correttamente il T.A.R. ha rilevato la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione in base ai successivi sviluppi del procedimento preordinato al rilascio della concessione ed all'atto sospensivo del Comune di Massalubrense del 23.05.2006, che ha assorbito e sostituito ogni precedente determinazione di segno negativo.

L'appello va, quindi, accolto nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, va accolto il ricorso di primo grado rubricato al n. 5117/2006 e va annullato il provvedimento con esso impugnato.

Le spese del giudizio possono essere compensate fra le parti in relazione a particolari profili della insorta controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado rubricato al n. 5117/2006 ed annulla il provvedimento con esso impugnato.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio del 12 febbraio 2008 , con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo,	Presidente
Luciano Barra Caracciolo,	Consigliere
Bruno Rosario Polito,	Consigliere rel. ed est.
Roberto Giovagnoli,	Consigliere
Francesco Bellomo,	Consigliere