

Publicato il 06/06/2018

N. 03412/2018REG.PROV.COLL.  
N. 01779/2014 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1779 del 2014, proposto dalla s.r.l. Mini, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Tommaso Di Gioia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Nicotera, n. 29;

***contro***

Il Comune di Catanzaro, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Santa Durante, Saverio Molica ed Annarita De Siena, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Valerio Zimatore in Roma, via Angelo Secchi, n. 9;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. per la Calabria, Sede di Catanzaro, n. 1050 del 2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Catanzaro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 maggio 2018 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti l'avvocato Tommaso Di Gioia e l'avvocato Alfredo Gualtieri, per delega degli avvocati Santa Durante e Saverio Molica;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1 - Con atto a rogito Notaio Andreacchio di Catanzaro del 15 marzo 2006, la società Mini aveva acquistato, al prezzo di € 160.000, lo stabilimento balneare denominato "La Pineta", sito nel Comune di Catanzaro.

1.1 - Il dante causa della società appellante, in relazione all'area sulla quale è insediata la struttura, era titolare di una concessione demaniale della durata di 72 mesi (dal 1° gennaio 2002 al 31 dicembre 2007), poi volturata in capo all'appellante con provvedimento n.15/2006.

2 - In data 26 marzo 2007, la società otteneva il permesso di costruire n. 38340/06, al fine di eseguire lavori di ristrutturazione del lido.

2.2 - Nel corso dell'esecuzione dei lavori, veniva emessa l'ordinanza del Comune di Catanzaro n. 15/08 che ne disponeva la sospensione, poiché non risultava *"rinnovata la concessione demaniale marittima, scaduta in data 31.12.2007, propedeutica al mantenimento dello stabilimento balneare e alla esecuzione dei lavori di ristrutturazione dello stesso"*.

2.3 - Con atto di diffida del 28 ottobre 2008, la società contestava l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione, manifestando l'intenzione di voler proseguire il rapporto concessorio.

3 - Con il provvedimento n. 45066 del 20 maggio 2009, il Comune negava il rinnovo della concessione demaniale.

3.1 - Tale provvedimento era impugnato dalla società avanti il T.A.R. per la Calabria, Sede di Catanzaro, deducendo che il Comune di Catanzaro avrebbe ignorato che le concessioni demaniali si rinnovano automaticamente per un periodo di sei anni; che non vi era stata la comunicazione di avvio del procedimento; che il Comune avrebbe

impedito alla ricorrente di completare i lavori edili di ristrutturazione e di svolgere la sua attività imprenditoriale, determinando danni quantificabili in un ammontare complessivo di € 752.284,76.

4 - Con atto per motivi aggiunti notificato in data 5 dicembre 2011, la società impugnava anche il provvedimento di annullamento del permesso di costruire n. 38340/06 del 26 marzo 2007.

5 - Con atto per motivi aggiunti notificato in data 28 novembre 2012, la società impugnava inoltre il provvedimento n. 38 del 10 ottobre 2012, con il quale erano stati ingiunti la demolizione delle opere e il ripristino dello stato dei luoghi.

6 - Il T.A.R. per la Calabria, Sede di Catanzaro, con la sentenza n. 1050 del 20 novembre 2013, rigettava il ricorso, ritenendo che, alla data del 31 dicembre 2007, la concessione demaniale oggetto di causa fosse scaduta, non potendo trovare applicazione la norma con la quale erano state prorogate *ex lege* le scadenze delle concessioni, per contrasto con il diritto comunitario.

7 - Con l'appello all'attenzione del Collegio, la società deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 18, del d. l. 30 dicembre 2009, n. 194 e contesta la statuizione del T.A.R. per la quale l'art. 1 del d. l. n. 400/93, convertito nella l. 494/93, deve essere disapplicato per contrasto con il principio comunitario sulla libertà di stabilimento.

Secondo l'appellante, il legislatore italiano, d'intesa con l'Unione Europea, avrebbe individuato un regime transitorio per consentire il passaggio di tutte le concessioni demaniali nel nuovo regime in fase di adozione, conforme ai principi comunitari.

Ne deriverebbe che tutte le concessioni demaniali, anche quelle che abbiano eventualmente fruito del rinnovo automatico previsto dall'art. 1 del d. l. 400/93, sarebbero prorogate di diritto al 31 dicembre 2020.

8 - In via preliminare, va rilevato che per il citato art. 1 *“le concessioni demaniali, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti*

*previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'articolo 42 del codice della navigazione."*

8.1 - In seguito, stante i dubbi di compatibilità con il diritto comunitario della normativa italiana, è entrato in vigore l'art. 1, comma 18, del d. l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, nella l. 26 febbraio 2010, n. 25.

Tale disposizione ha abrogato l'art. 37, secondo comma, del Codice della navigazione sul c.d. diritto di insistenza del concessionario ed ha disposto una proroga delle concessioni ancora efficaci sino al 31 dicembre 2015.

Infine, la l. 228 del 2012 ha prorogato l'efficacia delle concessioni demaniali sino al 31 dicembre 2020.

9 – Come correttamente rilevato dal T.A.R., la normativa interna che prevede proroghe *ex lege* di concessioni scadute si pone in contrasto con pacifici principi di diritto eurounitario e, pertanto, non può trovare applicazione.

9.1 – A questo riguardo, con la decisione del 16 luglio 2016, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha così statuito: *“L'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati. L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo”*.

9.2 - Pertanto, risulta certamente in contrasto con l'ordinamento comunitario l'art. 1, comma 18, d. l. 194 del 2009, così come l'art. 1 del d. l. 400/93, che non può essere applicato nel presente giudizio.

Invero, la sentenza ha sancito in via generale l'incompatibilità con l'ordinamento comunitario di una normativa che contempra le proroghe *ex lege* della data di scadenza delle concessioni, ritenendole equivalenti ad un rinnovo automatico sì da impedire l'indizione di una procedura selettiva.

Al riguardo, la sentenza della Corte Cost. n. 180 del 2010 ha avuto modo di dichiarare l'illegittimità di leggi regionali che avevano previsto, pur se a talune condizioni, la proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo a favore del soggetto già titolare, evidenziando come la proroga o il rinnovo automatico, determinando una disparità di trattamento tra operatori economici mediante preclusioni o ostacoli alla gestione dei beni demaniali oggetto di concessione, violino, in generale, i principi del diritto comunitario in tema di libertà di stabilimento e tutela della concorrenza.

9.3 - Per tali ragioni, come del resto già affermato da questo Consiglio (*cf.* Cons. St., Sez. V, n. 1219 del 2018; Cons. St., Sez. VI, n. 873 del 2018), deve ritenersi in contrasto con l'ordinamento comunitario anche la sopravvenuta disposizione di cui all'art. 24, comma 3-*septies*, del d. l. 24 giugno 2016, n. 113, convertito con la l. 7 agosto 2016, n. 160, che testualmente recita: «*Nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25*».

Infatti, tale disposizione incorre essa stessa nello stesso vizio di incompatibilità con l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE e, comunque, con l'articolo 49 TFUE, per le considerazioni

già svolte, talché anche tale disciplina sopravvenuta deve essere disapplicata e non può, dunque, costituire un idoneo parametro di giudizio ai fini della definizione del presente giudizio.

10 – In considerazioni delle difese svolta da parte appellante, deve precisarsi che, stante l'evidenziato contrasto con il diritto comunitario, sono le norme primarie (che prevedono una proroga, o un rinnovo, *ex lege* delle concessioni vigenti) ad essere disapplicate, non l'atto amministrativo con il quale è stato negato il rinnovo della concessione, che, invero, risulta legittimo e conserva la sua efficacia.

10.1 - Da un altro punto di vista, non risulta condivisibile la tesi secondo la quale il rinnovo automatico della concessione demaniale integrerebbe un provvedimento amministrativo a formazione tacita, che il T.A.R. avrebbe indebitamente disapplicato.

In primo luogo, è pacifico che oggetto del presente giudizio è il provvedimento esplicito con il quale è stato negato il rinnovo della concessione.

Inoltre, non sono state esposte specifiche ragioni per sostenere che sussisterebbe un provvedimento tacito e comunque una tale tesi non risulta fondata.

Invero, in un ordinamento ispirato al principio di legalità, non può essere qualificato come provvedimento, ancorché tacito, un mero contegno di fatto non riconoscibile come espressione del potere amministrativo.

Poiché per l'art. 2 della legge n. 241/90 l'amministrazione ha l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, si deve ritenere che i provvedimenti taciti e i 'silenzi significativi' siano configurabili solo nei casi espressamente previsti dalla legge (con impossibilità di applicazione analogica delle relative disposizioni).

Nello specifico, le disposizioni legislative innanzi citate, con le quali si prevede un rinnovo automatico delle concessioni balneari (o una proroga *ex lege* delle stesse), non possono essere considerate come fonti legali di un

ipotizzato provvedimento amministrativo tacito, ma si sono limitate ad incidere, *ex lege*, sugli effetti giuridici di provvedimenti amministrativi già emanati, senza la necessità che l'amministrazione eserciti alcun potere e senza alcuna possibilità, pertanto, di configurare la sussistenza di un provvedimento tacito di rinnovo o di proroga che, se emesso, ha natura meramente ricognitiva delle conseguenze previste dalla legge (conseguenze che si producono, qualora siano compatibili col diritto europeo).

11 - Non risulta fondata neanche la censura con la quale l'appellante lamenta la violazione dell'art. 112 c.p.c. da parte del T.A.R., che avrebbe autonomamente disapplicato la norma interna, senza alcuna istanza di parte al riguardo.

A questo proposito, il Collegio osserva come non sia stata necessaria una specifica richiesta di parte per pervenire alla disapplicazione della normativa innanzi citata.

Infatti, è stata la stessa società ad invocare in primo grado l'applicazione della disposizione alla fattispecie oggetto di giudizio, sicché il T.A.R., constatata la violazione del diritto comunitario, l'ha disapplicata, nell'ambito di un'attività di individuazione della norma applicabile riservata al giudice, conformemente al noto principio *iura novit curia* (art. 113 c.p.c.). Ciò nel doveroso rispetto dei principi di primazia del diritto comunitario, che ne impone la puntuale osservanza ed attuazione, senza necessità di attendere la modifica o l'abrogazione delle disposizioni nazionali contrastanti da parte degli organi nazionali a ciò preposti (*cf.* Corte giust. 5 dicembre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01).

Ne consegue che la mancata applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere, per il giudice, che opera anche d'ufficio (*cf.* Cons. St., Sez. V n. 1219 del 2018; Corte Cass., 18 novembre 1995, n. 11934), al fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie, aventi un rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri.

Tale dovere sussiste indipendentemente dal fattore temporale e quindi dalla mera circostanza che la norma interna confliggente sia precedente o successiva a quella comunitaria (*cf.* Corte giust. 9 marzo 1978, causa 106/77).

Allo stesso modo, le statuizioni della Corte di Giustizia, le quali chiariscono il significato e la portata di una norma del diritto dell'Unione, possono e devono essere applicate anche a casi diversi rispetto a quelli oggetto del rinvio, aventi le stesse caratteristiche di quello che ha dato origine alla decisione della Corte (*cf.* Cons. St., Sez. V n. 1219 del 2018; Cass., sez. I, 28 marzo 1997, n. 2787; Corte Cost., 23 aprile 1985, n. 113; Corte Cost., ord. 23 giugno 1999, n. 255).

12 – La necessità di applicare i principi innanzi citati implica il rigetto anche del motivo di appello volto a far valere il fatto che, in data 14 aprile 2008, la società aveva comunque manifestato la propria volontà di ottenere un provvedimento esplicito di rinnovo della concessione demaniale, sul quale l'Amministrazione si è espressa attraverso un provvedimento di diniego, di cui sono state contestate le ragioni giustificative.

12.1 - Invero, oltre all'argomento a tal fine valorizzato dal T.A.R. – secondo il quale, dal disposto della l.r. n. 17/2005 e del Piano di Indirizzo Regionale sulla gestione delle aree demaniali, discenderebbe un termine perentorio per la richiesta di rinnovo della concessione demaniale, che nel caso di specie non è stato rispettato – come chiarito dalla già citata sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, implica la necessità di una procedura di selezione tra i potenziali candidati ai fini della concessione di un'area demaniale marittima, escludendo in radice, oltre alla proroga automatica della concessioni in essere, il loro rinnovo, ove non preceduto da una procedura competitiva adeguatamente pubblicizzata ed aperta alla partecipazione di tutti i potenziali interessati alla utilizzazione dell'area.



L'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE, che riguarda situazioni in cui un regime di autorizzazione mira a consentire lo svolgimento di attività economiche che prevedono l'utilizzo di risorse naturali scarse, dispone testualmente: «*1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento*».

Nel caso in esame, tenuto conto dell'oggetto della concessione, che attiene all'utilizzo di una porzione del lido del mare per l'esercizio di attività ricreativa, si è al cospetto di una risorsa naturale scarsa, la quale non può che formare oggetto di un numero limitato di 'autorizzazioni', e, in quanto tale, rientrando nell'ambito di applicabilità dell'art. 12 cit.

12.2 - Per altro, anche un consolidato indirizzo di questo Consiglio (*cf.* Cons. St, Ad. Plen., 25 febbraio 2013, n. 3250; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2011, n. 3250) ritiene che su tutte le amministrazioni pubbliche, in generale, grava l'obbligo di attivare procedure competitive ogni qualvolta si debbano assegnare beni pubblici suscettibili di sfruttamento economico. Infatti, la mancanza di tale procedura introduce una barriera all'ingresso al mercato, determinando una lesione alla parità di trattamento, al principio di non discriminazione ed alla trasparenza tra gli operatori economici, in violazione dei principi comunitari di concorrenza e di libertà di stabilimento.

13 – Alla luce delle considerazioni che precedono, non è necessario esaminare gli ulteriori motivi di ricorso, che non sono idonei a scalfire le statuizioni del TAR e a prospettare altri profili di legittimità delle determinazioni dell'Amministrazione.

14 – In definitiva, l'appello deve essere respinto, dovendosi integralmente confermare la sentenza impugnata. Le spese del secondo grado di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, rigetta l'appello n. 1779/2014 e condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite in favore dell'Amministrazione appellata, liquidate in € 4.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2018, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giordano Lamberti**

**IL PRESIDENTE**  
**Luigi Maruotti**

**IL SEGRETARIO**