



40
anni

**LE GIORNATE DI POLIZIA LOCALE
E SICUREZZA URBANA**

CONVEGNO NAZIONALE ED EXPO DELLE TECNOLOGIE E DEI PRODOTTI

15-16-17 SETTEMBRE 2021
RICCIONE - PALAZZO DEI CONGRESSI

legiornatedellapolizialocale.it

SENTENZE

ANTONELLA MANZIONE

SESSIONE

CS1 - Polizia amministrativa: gli esperti rispondono

17/09/21

Uno degli recenti interventi legislativi in materia di concessioni demaniali marittime (legge 30 dicembre 2018, n. 145 art. 1, commi 682, 683 e 684) prevede l'estensione della durata delle concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo per 15 anni, quindi fino al 1° gennaio 2034 mentre, con legge 17 luglio 2020, n. 77, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, è stata ribadita la volontà del legislatore di fissare al 1° gennaio 2034 la data ultima di scadenza delle attuali concessioni interessate dalle precedenti proroghe

Questo, nonostante, la Corte di Giustizia Europea, già nel 2016 con sentenza del 14 luglio (cause riunite, C-458/14 e C-67/15) ha previsto che la proroga automatica (ed indiscriminata) delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali ad uso ricreativo - in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati - si ponga in aperto contrasto, sia con la disciplina prevista dall'art. 12, comma 2 della Direttiva n. 2006/123/CE Servizi (c.d. "*Bolkenstein*") del Parlamento e del Consiglio europeo, che con l'art. 49 TFUE e l'art. 56 TFUE in materia di restrizione alla libertà di stabilimento.

Ciò in quanto, verrebbe reso di fatto impossibile, per un dato periodo di tempo, l'accesso alle concessioni in scadenza a qualsiasi altro concorrente che non sia già concessionario

La giurisprudenza in modo pressoché unanime ha dunque ritenuto ostativa al diritto eurounitario la proroga automatica delle concessioni sino al 2033.

Il tema si interseca anche con la problematica circa la possibilità per le pubbliche amministrazioni di applicare la direttiva dell'Unione disapplicando la normativa interna. Per il Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, sez VI n. 7874/2019) il dovere di disapplicare la normativa interna sulle concessioni marittime per contrasto con il diritto eurounitario (e in particolare per contrasto con la sentenza del Corte di Giustizia del 2016) incombe anche sull'apparato amministrativo e sui funzionari.

In senso contrario, è – in posizione minoritaria - il Tar Lecce, per il quale non sarebbe configurabile un obbligo in capo all'Amministrazione di disapplicare la normativa interna sulla base di una sentenza interpretativa della Corte di Giustizia. La direttiva Bolkestein non sarebbe self-executing e dunque su di essa prevarrebbe la normativa nazionale che consente le proroghe delle concessioni demaniali sino al 2033.

Tutte questioni che sono state rimesse all'Adunanza plenaria dal Presidente del Consiglio di Stato.

(Si segnala come la Commissione europea, azionando l'articolo 258 TFUE, ha inviato il 3 dicembre 2020 una lettera di costituzione in mora all'Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all'uso del demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi, lamentando il contrasto tra la recente proroga fino al 2033 e la sentenza del 2016 della Corte di Giustizia.

La Commissione Europea ha avviato la procedura di infrazione a carico dello Stato italiano in relazione alla disciplina di cui all'art. 1, commi 692 e 683, della legge n. 145/2018, osservando come: "la normativa italiana, oltre a essere incompatibile con il diritto dell'UE, sia in contrasto con la sostanza della sentenza della CGUE sopra menzionata e crei incertezza giuridica per i servizi turistici balneari, scoraggi gli investimenti in un settore fondamentale per l'economia italiana e già duramente colpito dalla pandemia di coronavirus, causando nel contempo una perdita di reddito potenzialmente significativa per le autorità locali italiane.")

(Caravita – Carlomagno "La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza e economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma." In federalismi.it, 2021)

Infatti, con il **decreto n.160 del 24 Maggio 2021**, il Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria varie questioni concernenti le proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.

Nello specifico:

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;

P.Q.M.

il deferimento alla Adunanza plenaria, all'udienza del 13 ottobre 2021, ore 10:00, sui quesiti indicati nella suesposta motivazione, dei seguenti affari:

1) l'appello, pendente presso la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con il numero di r.g. 1975/2021, proposto dal Comune di Lecce, avverso il signor Andrea Caretto e l'associazione federazione imprese demaniali, per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sez. I, n. 73/2021;

e, nella composizione prevista dell'art. 10 del d.lgs. n. 373/2003,

2) l'appello, pendente presso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, iscritto con il r.g. n. 311/2021, proposto dalla Comet s.r.l., nei confronti della Autorità di sistema portuale dello Stretto e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per la riforma della sentenza del T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, sez. III, n. 504/2021

(1) Il Presidente del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione relativa alla esercizio del potere previsto dall'art. 99, comma 2, c.p.a., secondo cui "prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza

plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali”.

Ha affermato il Presidente che la questione, di notevole impatto sistemico, afferisce al rapporto tra il diritto nazionale e il diritto unionale, con specifico riguardo al potere di disapplicazione delle norme interne, ritenute contrastanti con quelle sovranazionali, da parte del giudice amministrativo.

La questione riveste, quindi, 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.

Essendo detta questione relativa alla doverosità, o no, della disapplicazione, da parte dello Stato in tutte le sue articolazioni, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative configura “una questione di massima di particolare importanza”, ai sensi del comma 2 dell’art. 99 c.p.a..

Con riferimento alle vicende contenziose che hanno condotto alla rimessione delle questioni all’Adunanza plenaria dinanzi al Consiglio di Stato:

i1) nel caso pendente presso la quinta sezione del Consiglio di Stato, l’oggetto è rappresentato da una richiesta di proroga di una concessione demaniale marittima (con scadenza al 31 dicembre 2020) fino al 31 dicembre 2033, ai sensi dell’art. 1, comma 682, l. n. 145 del 2018. Il Comune di Lecce ha negato la proroga prevista dall’art. 1, commi 682 e 683, della legge finanziaria 2019, in virtù di quanto previsto dalla direttiva servizi 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, (c.d. direttiva *Bolkestein*), invitando l’interessato a chiedere al concessionario di avvalersi della facoltà di prosecuzione dell’attività ex art. 182 del d.l. n. 34 del 2020, con contestuale pagamento del canone per l’anno 2021 ovvero, in via alternativa, di accettare una proroga tecnica della concessione per la durata di anni tre. Con la citata sentenza n. 73 del 2021, il T.a.r. per la Puglia, Lecce, ha annullato l’impugnato provvedimento perché assunto in violazione della legge n. 145 del 2018, dopo aver ritenuto che la direttiva *Bolkestein* non sia *self-executing* e, pertanto, non sia suscettibile di diretta ed immediata applicazione per difetto dei presupposti, in assenza di apposita normativa nazionale attuativa e di riordino del settore, di modo che la c.d. disapplicazione sia, nel caso di specie, in evidente violazione della legge. Il Tribunale ha quindi affermato “*il diritto della parte ricorrente di conseguire la proroga del titolo concessorio in essere per la durata prevista dalla legge nazionale n. 145/2018, ovvero fino al 31/12/2033, atteso che il diritto alla proroga risulta direttamente sancito dall’art. 1 commi 682 ss. della legge 145/2018*”;

i2) il secondo caso, pendente presso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ha ad oggetto il diniego del Presidente dell’Autorità di Sistema Portuale dello Stretto di estensione della validità della concessione demaniale marittima, ai sensi della legge 30 dicembre 2018, n. 145, posseduta da una società che si occupa di nautica da diporto. Con la richiamata sentenza n. 504 del 2021 il Ta.r. per la Sicilia, Catania - dopo aver indicato le ragioni per cui non ha condiviso la citata decisione del Tar Lecce - ha respinto il ricorso, mettendo in evidenza che: I) ancor prima della sentenza della Corte di giustizia UE, sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C- 67/15 (in *Giornale dir. amm.*, 2017, 1, 60, con nota di BELLITTI; *Dir. maritt.*, 2017, 3, 715, con note di MOZZATI, VERMIGLIO), la giurisprudenza aveva già in larga parte aderito all’interpretazione dell’art. 37 del codice della navigazione, secondo cui deve privilegiarsi l’esperienza della selezione pubblica nel rilascio di concessioni demaniali marittime, in adesione ai principi comunitari in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, di imparzialità e di trasparenza, derivanti dalla direttiva n. 123/2016, i quali si applicano anche in materie diverse dagli appalti, poiché

riconducibili ad attività suscettibili di apprezzamento in termini economici; II) la citata sentenza della Corte di giustizia UE ha precisato che “l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 (cosiddetta “Bolkstein”), 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”; III) di modo che la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali aventi natura turistico-ricreativa non può essere generalizzata, dovendo la normativa nazionale ispirarsi alle regole dell'Unione Europea sull'indizione delle gare; IV) la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 12 della citata direttiva 2006/123/CE, ha affermato che le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo rientrano in linea di principio nel campo di applicazione della menzionata direttiva, restando rimessa al giudice nazionale la valutazione circa la natura “scarsa” o meno della risorsa naturale attribuita in concessione, con conseguente illegittimità di un regime di proroga *ex lege* delle concessioni aventi ad oggetto risorse naturali scarse (regime ritenuto equivalente al rinnovo automatico delle concessioni in essere, espressamente vietato dall'art. 12 della direttiva); V) a fronte dell'intervenuta cessazione del rapporto concessorio, il soggetto già titolare del titolo vanta un mero interesse di fatto a che l'Amministrazione proceda ad una nuova concessione in suo favore e non già una situazione giuridica qualificata, con conseguente insussistenza di alcun obbligo di proroga *ex lege* da parte del concedente; VI) l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale deve essere esclusa in ossequio alla giurisprudenza europea, che comporta la disapplicazione dell'art. 1, comma 18, del decreto legge n. 194 del 2009 e dell'art. 34-*duodecies*, del d.l. n. 179 del 2012, sicché la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara (ivi compresa quella fino al 2033, prevista dall'articolo unico, comma 683, della legge n. 155 del 2019) non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento; VII) la non applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere del giudice, che opera anche d'ufficio, al fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie, aventi un rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri; VIII) nel caso in cui emerga un contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto europeo, è fatto obbligo al funzionario che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma europea di riferimento);

Corte costituzionale n.10 del 2021 Pres. Coraggio, Est. Viganò

Massima

È dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., l'art. 1 della legge reg. Calabria n. 46 del 2019, il quale - modificando l'art. 14, comma 2, della legge reg. Calabria n. 17 del 2005 - consente, nelle more dell'approvazione del piano comunale di spiaggia, oltre al rilascio della concessione, anche il rinnovo pluriennale delle concessioni demaniali esistenti. La norma impugnata dal Governo, eliminando il previgente limite annuale del rinnovo, introduce una fattispecie di proroga sostanzialmente automatica e per periodi del tutto indeterminati in favore di un unico titolare, in deroga alla disciplina generale di cui all'art. 18, comma 3-*bis*, della legge reg. Calabria n. 17 del 2005 che - nulla prevedendo quanto all'ipotesi del mero rinnovo delle concessioni esistenti - subordina i procedimenti di rilascio delle nuove concessioni demaniali marittime a procedure a evidenza pubblica conformi ai principi, comunitari e statali, di tutela della concorrenza.

Secondo costante giurisprudenza costituzionale, la disciplina delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attinenti tanto alle competenze legislative statali quanto a quelle regionali. Tuttavia, i criteri e le modalità di affidamento di tali concessioni debbono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza recati dalla normativa statale e dell'Unione europea, con conseguente loro attrazione nella competenza esclusiva statale di cui all'art. 117,

secondo comma, lett. e), Cost., che rappresenta sotto questo profilo un limite insuperabile alle pur concorrenti competenze regionali. (*Precedenti citati: sentenze n. 161 del 2020, n. 86 del 2019, n. 1 del 2019, n. 221 del 2018, n. 118 del 2018, n. 109 del 2018, n. 157 del 2017, n. 40 del 2017 e n. 171 del 2013*).

Testo integrale

SENTENZA N. 10

ANNO 2021

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Giancarlo CORAGGIO; Giudici : Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Calabria 25 novembre 2019, n. 46, recante «Modifica alla lettera a), comma 2 dell'articolo 14 della legge regionale 21 dicembre 2005, n.17», promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 23-30 gennaio 2020, depositato in cancelleria il 28 gennaio 2020, iscritto al n. 6 del registro ricorsi 2020 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 8, prima serie speciale, dell'anno 2020.

Visto l'atto di costituzione della Regione Calabria;
udito nell'udienza pubblica del 12 gennaio 2021 il Giudice relatore Francesco Viganò;
uditi l'avvocato dello Stato Paola Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri, in collegamento da remoto, ai sensi del punto 1) del decreto del Presidente della Corte del 30 ottobre 2020, e l'avvocato Domenico Gullo per la Regione Calabria;
deliberato nella camera di consiglio del 12 gennaio 2021.

Ritenuto in fatto

1.– Con ricorso notificato il 23-30 gennaio 2020 e depositato il 28 gennaio 2020, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato l'art. 1 della legge della Regione Calabria 25 novembre 2019, n. 46, recante «Modifica

alla lettera a), comma 2 dell'articolo 14 della legge regionale 21 dicembre 2005, n. 17», per violazione degli artt. 3, 97 e 117, secondo comma, lettera e), Costituzione.

La disposizione impugnata modifica l'art. 14, comma 2, della legge della Regione Calabria 21 dicembre 2005, n. 17 (Norme per l'esercizio della delega di funzioni amministrative sulle aree del demanio marittimo), che nel testo anteriore alla modifica prevedeva: «Nelle more dell'approvazione del PCS [Piano comunale di spiaggia], in deroga a quanto disposto dal comma 1, possono essere rilasciate: a) concessioni demaniali marittime stagionali [...]».

L'impugnato art. 1 della legge Reg. Calabria n. 46 del 2019, da un lato, inserisce, dopo le parole «possono essere rilasciate», le parole «o comunque rinnovate»; e, dall'altro, sostituisce le parole «concessioni demaniali marittime stagionali» con le parole «concessioni demaniali pluriennali di natura stagionale».

1.1.– Secondo il ricorrente, le modifiche apportate al testo originario dell'art. 14, comma 2, della legge reg. Calabria n. 17 del 2005 violano, anzitutto, la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

Il Presidente del Consiglio osserva che, nel contesto della legge regionale n. 17 del 2005, l'ipotesi del rilascio delle concessioni è regolata dall'art. 18, comma 3-bis, che subordina i relativi procedimenti – nelle more dell'emanazione di una organica disciplina della materia – al «rispetto dei principi di evidenza pubblica, parità di trattamento, non discriminazione, pubblicità, libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, ai sensi degli articoli 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE, del parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, nonché in conformità al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, (Codice degli appalti), in quanto applicabile».

A tale disciplina si sottrarrebbe invece l'ipotesi, introdotta dalla norma regionale impugnata, del rinnovo delle concessioni, che sarebbe «suscettibile di determinare un prolungamento del rapporto in favore del concessionario ancora perdurante, dando luogo, sostanzialmente, ad una proroga o ad un rinnovo automatico».

La specificazione, anch'essa contenuta nella disposizione impugnata, che le concessioni demaniali marittime stagionali possano avere durata pluriennale lascerebbe poi del tutto indeterminata la durata di tale proroga o rinnovo automatico.

Ciò determinerebbe una violazione della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, alla quale la giurisprudenza di questa Corte avrebbe costantemente ricondotto i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni sui beni del demanio marittimo (sono citate le sentenze n. 1 del 2019, n. 221 e n. 118 del 2018). Tale giurisprudenza avrebbe, in particolare, ritenuto costituzionalmente illegittime leggi regionali che dispongano rinnovi o proroghe automatiche delle concessioni del demanio marittimo, «sia sotto il profilo della disparità di trattamento tra aspiranti concessionari e titolari che abbiano beneficiato della proroga automatica che sotto l'ulteriore profilo della barriera all'ingresso di nuovi operatori» (è citata la sentenza n. 171 del 2013).

Dopo aver rammentato che, in passato, la materia delle concessioni demaniali marittime e le relative norme statali e regionali sono state oggetto di procedure di infrazione da parte dell'Unione europea, il ricorrente sottolinea inoltre che la materia è oggi regolata a livello statale dall'art. 1, commi da 675 a 685, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), che ha imposto una generale revisione del sistema delle concessioni marittime secondo modalità e termini da adottarsi con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, demandando a un successivo d.P.C.m. la fissazione dei principi e dei criteri tecnici dell'assegnazione delle concessioni sulle aree demaniali marittime. La normativa regionale impugnata introdurrebbe invece una disciplina «propria e specifica» per la Regione Calabria, «in maniera indipendente da quella nazionale ed oltretutto, non conforme ad essa», ponendosi così in contrasto con la competenza esclusiva statale in questa materia, in ossequio alla quale «deve essere pur sempre la legge statale a stabilire se consentire il

rinnovo, a quali condizioni e se ciò possa avvenire nel rispetto dei principi comunitari», «in modo che siano assicurate [...] garanzie di coerenza e di uniformità in ambito nazionale».

1.2.– Secondo il ricorrente, la disposizione impugnata – consentendo il rilascio o il rinnovo di concessioni demaniali marittime pluriennali – si porrebbe, altresì, in contrasto con i principi di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

Sotto il primo profilo, il ricorrente ritiene che le modifiche introdotte all'art. 14 della legge reg. Calabria n. 17 del 2005 siano contraddittorie rispetto alla ratio della disposizione modificata, che detta norme di salvaguardia nelle more dell'entrata in vigore dei piani comunali di spiaggia, vietando in linea di principio il rilascio di nuove concessioni (comma 1) e consentendo soltanto, al comma 2 nella versione anteriore alle modifiche di cui è causa, il rilascio di concessioni strettamente temporanee, legate alla stagionalità propria del settore. La previsione, per effetto delle modifiche apportate all'art. 14 dall'impugnato art. 1 della legge Reg. Calabria n. 46 del 2019, di prolungamenti del termine di scadenza delle concessioni disciplinate dal comma 2 per periodi superiori all'anno, oltretutto senza che siano indicati precisi limiti temporali, finirebbe secondo la difesa statale per «vanificare l'intento di omogeneità e di razionalità dell'uso del demaniale costiero», determinando altresì una «irrazionale e poco efficiente gestione delle funzioni amministrative sul demanio marittimo». La disposizione impugnata introdurrebbe infatti «una serie di deroghe al sistema, tali, sostanzialmente, da vanificare» l'intento dello stesso art. 14 della legge reg. Calabria n. 17 del 2005 di «preservare l'esistente fino a che l'adozione dei singoli piani di spiaggia garantiscano ed assicurino l'utilizzo dei beni appartenenti al demanio marittimo secondo criteri di omogeneità e di efficienza in coerenza con le linee programmatiche regionali».

Dal che l'asserito contrasto della disposizione impugnata con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della «violazione del canone di ragionevolezza per irrazionalità della disciplina e contrasto con la ratio legis» (è citata la sentenza di questa Corte n. 43 del 1997).

Sarebbe, d'altra parte, violato anche l'art. 97 Cost., dal momento che «il rinnovo delle concessioni secondo principi di competitività è senz'altro più conforme al principio di buon andamento in quanto consente una maggiore efficienza del sistema, stimolando i nuovi entranti a svolgere un uso più efficiente del demanio marittimo o ad offrire canoni più elevati rispetto ai concessionari uscenti e, dunque, appare più vantaggioso, in termini generali, rispetto all'interesse pubblico sotteso all'affidamento in concessione».

2.– Si è costituita in giudizio la Regione Calabria, chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile o comunque infondato.

2.1.– Argomenta la difesa regionale che le concessioni stagionali, cui si riferisce l'impugnato art. 1 della legge reg. Calabria n. 46 del 2019, avrebbero natura strumentale a concessioni demaniali marittime ordinarie, risultando perciò accessorie a queste ultime. L'obiettivo della disposizione impugnata, come risultante dalla relazione di accompagnamento alla relativa proposta di legge, sarebbe quello di «eliminare la limitazione di durata delle concessioni demaniali di natura stagionale e la preclusione del c.d. diritto di insistenza» stabilite dalla disciplina previgente, in particolare mediante la previsione della possibilità del rinnovo delle concessioni in essere per una durata anche pluriennale. Tuttavia, la novella legislativa in esame manterrebbe «invariate le garanzie e i principi in materia di rilascio/rinnovo delle concessioni demaniali suddette», le quali resterebbero soggette alla «disciplina ordinaria delle concessioni demaniali marittime di durata pluriennale», cui esse sarebbero accessorie.

La stessa legge reg. Calabria n. 17 del 2005, al suo art. 10, comma 3, rinvierebbe d'altronde alla normativa statale quanto alla disciplina della durata e del rinnovo delle concessioni demaniali marittime. Tale normativa, che originariamente prevedeva una durata di sei anni, salvo rinnovo, delle concessioni medesime, sarebbe ora da rinvenirsi nella legge n. 145 del 2018, il cui art. 1, comma 682, ha previsto in via generale per tutte le concessioni vigenti la durata di quindici anni, con decorrenza dall'entrata in vigore della legge medesima, e il cui art. 1, comma 246, ha disposto

che i titolari di concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo possano mantenere installati i manufatti amovibili fino al 31 dicembre 2020.

La previsione dell'estensione pluriennale delle concessioni oggetto della disposizione regionale impugnata si inserirebbe dunque armonicamente nell'ambito della disciplina statale vigente; con conseguente infondatezza della censura di violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

2.2.– Nemmeno sussisterebbe alcuna violazione degli artt. 3 e 97 Cost.

Lungi dall'aver introdotto una disciplina arbitraria, il legislatore regionale avrebbe infatti mirato a coordinare la disciplina delle concessioni stagionali con quella delle concessioni marittime demaniali, già di natura pluriennale, e comunque avrebbe inteso perseguire la finalità – comune alla legislazione statale – di «tutelare, valorizzare e promuovere», nelle more di una compiuta riforma dell'intero settore, «il bene demaniale delle coste italiane, in quanto elemento strategico per il sistema economico, di attrazione turistica e di immagine del Paese», nonché a quella di «garantire l'occupazione e il reddito delle imprese», a fronte degli investimenti da queste effettuati, i cui benefici rischierebbero di essere vanificati dal rilascio di concessioni di breve durata.

Considerato in diritto

1.– Con il ricorso indicato in epigrafe, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato l'art. 1 della legge della Regione Calabria 25 novembre 2019, n. 46, recante «Modifica alla lettera a), comma 2 dell'articolo 14 della legge regionale 21 dicembre 2005, n. 17», per violazione degli artt. 3, 97 e 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione.

L'impugnato art. 1 modifica l'art. 14, comma 2, della legge della Regione Calabria 21 dicembre 2005, n. 17 (Norme per l'esercizio della delega di funzioni amministrative sulle aree del demanio marittimo), che nel testo anteriore alla modifica prevedeva: «Nelle more dell'approvazione del PCS [Piano comunale di spiaggia], in deroga a quanto disposto dal comma 1, possono essere rilasciate: a) concessioni demaniali marittime stagionali [...]».

Essa da un lato (comma 1, lettera a) inserisce, dopo le parole «possono essere rilasciate», le parole «o comunque rinnovate»; e dall'altro (comma 1, lettera b) sostituisce le parole «concessioni demaniali marittime stagionali» con le parole «concessioni demaniali pluriennali di natura stagionale».

1.1.– Secondo il ricorrente, l'art. 1 della legge reg. Calabria n. 46 del 2019 violerebbe, anzitutto, la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

Il legislatore regionale avrebbe, per un verso, inteso sottrarre l'ipotesi del rinnovo delle concessioni de quibus alla disciplina generale di cui all'art. 18, comma 3-bis, della legge reg. Calabria n. 17 del 2005, che subordina i procedimenti di rilascio di dette concessioni a procedure a evidenza pubblica, secondo i principi fissati dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) e dalla pertinente disciplina del diritto dell'Unione europea, introducendo così, di fatto, un meccanismo di proroga o rinnovo automatico delle concessioni in essere; e, per altro verso, avrebbe eliminato il previgente limite di durata annuale, lasciando del tutto indeterminata la durata della proroga.

In ogni caso, la disciplina impugnata sarebbe distonica rispetto a quella stabilita dall'art. 1, commi da 675 a 685, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), che ha imposto una generale revisione del sistema delle concessioni marittime secondo modalità e termini da adottarsi con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, demandando a un successivo d.P.C.m. la fissazione dei principi e dei criteri tecnici per l'assegnazione delle concessioni sulle aree demaniali marittime.

1.2.– Sarebbero, altresì, violati i principi di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

Sotto il primo profilo, le modifiche introdotte dalla disposizione impugnata all'art. 14 della legge reg. Calabria n. 17 del 2005 dalla disposizione impugnata sarebbero contraddittorie rispetto alla ratio dello stesso art. 14, che detta norme di salvaguardia nelle more dell'entrata in vigore dei piani comunali di spiaggia, vietando in linea di principio il rilascio di nuove concessioni (comma 1), e consentendo soltanto, al comma 2 nella sua versione anteriore alle modifiche di cui è causa, il rilascio di concessioni strettamente temporanee, legate alla stagionalità propria del settore.

La previsione di rinnovi automatici delle concessioni in essere lederebbe, d'altra parte, il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, il quale esigerebbe che ogni provvedimento di rilascio o rinnovo di concessioni demaniali avvenga a seguito di procedure a evidenza pubblica.

2.– La questione promossa in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., è fondata.

2.1.– Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la disciplina delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attinenti tanto alle competenze legislative statali quanto a quelle regionali (sentenze n. 157 e n. 40 del 2017). Tuttavia, i criteri e le modalità di affidamento di tali concessioni debbono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza recati dalla normativa statale e dell'Unione europea, con conseguente loro attrazione nella competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., che rappresenta sotto questo profilo un limite insuperabile alle pur concorrenti competenze regionali (ex multis, sentenze n. 161 del 2020, n. 86 del 2019, n. 221, n. 118 e n. 109 del 2018).

Sono state, in particolare, ritenute invasive di tale competenza esclusiva discipline regionali che prevedevano meccanismi di proroga o rinnovo automatico delle concessioni (ad esempio, sentenze n. 1 del 2019 e n. 171 del 2013), una durata eccessiva del rapporto concessorio (così ancora la sentenza n. 1 del 2019, nonché la sentenza n. 109 del 2018), l'attribuzione di una preferenza al concessionario uscente in sede di rinnovo (sentenze n. 221 del 2018 e n. 40 del 2017).

2.2.– L'art. 14 della legge reg. Calabria n. 17 del 2005 detta «[n]orme di salvaguardia» nelle more dell'adozione di un piano comunale di spiaggia, con il quale – ai sensi del combinato disposto dei precedenti artt. 8 e 12 – i Comuni sono tenuti, tra l'altro, a disciplinare e localizzare le attività dei complessi balneari realizzabili a cura dei Comuni stessi, degli esercizi di ristorazione e affini inseriti in tali complessi, di noleggio e rimessaggio di unità da diporto, di campeggi, attività ricreative, sportive e culturali, di soccorso a mare, di approdo con funzioni turistiche e da diporto. Sino all'adozione del piano, l'art. 14, comma 1, dispone che «non possono essere rilasciate nuove concessioni marittime, né essere autorizzate varianti sostanziali ai rapporti concessori in essere», all'evidente finalità di preservare e incentivare la potestà pianificatoria dei Comuni.

In deroga a tale divieto generale, la versione originaria del comma 2 dell'art. 14 consentiva, alla lettera a), il rilascio di «concessioni demaniali marittime stagionali» a supporto di attività ricettive alberghiere, villaggi turistici, campeggi e altre strutture ricettive ai fini delle attività inerenti al servizio di balneazione, ovvero per l'installazione di piccoli punti di ormeggio, posa di gonfiabili, giochi smontabili per bambini, tavolini e sedie, nonché chioschi omologati (questi ultimi per una durata non superiore a centoventi giorni); e alle lettere b) e c) il rilascio di concessioni marittime in gran parte «suppletive» rispetto ad altre concessioni turistico-balneari già rilasciate.

Le modifiche introdotte dalla legge reg. Calabria n. 46 del 2019, in questa sede impuginate, da un lato, affiancano all'ipotesi del rilascio di tutte le concessioni previste dal comma 2 quella del rinnovo delle concessioni stesse, e dall'altro consentono che le concessioni di cui alla lettera a) possano avere durata pluriennale, anziché stagionale come in precedenza previsto.

2.3.– Mentre però l'art. 18, comma 3-bis, della legge reg. Calabria n. 17 del 2005 stabilisce espressamente che il rilascio delle «nuove concessioni demaniali marittime» debba avvenire «nel rispetto dei principi di evidenza pubblica, parità di trattamento, non discriminazione, pubblicità, libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi» stabiliti dalla pertinente normativa comunitaria e

statale, la stessa legge regionale nulla prevede quanto all'ipotesi del mero rinnovo delle concessioni esistenti.

L'affermazione della difesa regionale, secondo cui anche a tale ipotesi resterebbe comunque applicabile la disciplina dell'art. 18, comma 3-bis, appena menzionato, appare smentita non solo dal riferimento – contenuto in quest'ultima disposizione – alle sole «nuove» concessioni demaniali marittime, ma anche dall'intenzione, manifestata in sede di illustrazione del progetto di legge regionale poi sfociato nella disposizione impugnata (Relazione illustrativa alla proposta di legge n. 428/10), di eliminare, oltre alla temporaneità delle concessioni, «la preclusione del c.d. diritto di insistenza», che consiste nella preferenza, in sede di rinnovo, alle precedenti concessioni, già rilasciate, rispetto alle nuove istanze. Tale diritto, introdotto nell'art. 37 del regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 (Approvazione del testo definitivo del Codice della navigazione), dal decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), convertito, con modificazioni, in legge 4 dicembre 1993, n. 494, era venuto meno nella legislazione statale per effetto dell'art. 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative), convertito, con modificazioni, in legge 26 febbraio 2010, n. 25, sì da permettere l'archiviazione di una procedura di infrazione a suo tempo avviata dalla Commissione europea contro l'Italia.

La nuova ipotesi del rinnovo delle concessioni già esistenti – nel contesto, vale la pena di sottolineare, di una norma di salvaguardia mirante semplicemente a dettare una disciplina transitoria nelle more dell'adozione di un organico piano di spiaggia da parte del Comune – finisce così per essere sottratta alle procedure a evidenza pubblica conformi ai principi, comunitari e statali, di tutela della concorrenza stabiliti per le ipotesi di rilascio di nuove concessioni, e per consentire de facto la mera prosecuzione dei rapporti concessori già in essere, con un effetto di proroga sostanzialmente automatica – o comunque sottratta alla disciplina concorrenziale – in favore dei precedenti titolari. Un effetto, come poc'anzi rammentato, già più volte ritenuto costituzionalmente illegittimo da questa Corte.

2.4.– La previsione, poi, della possibile durata pluriennale delle concessioni di cui alla lettera a) dell'art. 14, comma 2, della legge reg. Calabria n. 17 del 2005 – tutte relative ad attività di carattere intrinsecamente stagionale, e non accessorie ad altre concessioni come, invece, le ipotesi di cui alle successive lettere b) e c) – comporta la possibilità del rilascio (o del rinnovo) di tali concessioni per periodi del tutto indeterminati in favore di un unico titolare, che risulterebbe così ingiustificatamente privilegiato rispetto a ogni altro possibile interessato, in violazione – anche in questo caso – dei principi di tutela della concorrenza.

2.5.– La circostanza, rilevata dalla difesa regionale, che la stessa disciplina statale più recente abbia previsto, nelle more della revisione del sistema delle concessioni marittime da parte di un d.P.C.m., il prolungamento della durata delle concessioni esistenti al 30 dicembre 2018 per quindici anni dalla data di entrata in vigore della legge n. 145 del 2018, non può d'altra parte legittimare le Regioni a dettare discipline che ad essa si sovrappongono, in un ambito riservato alla competenza esclusiva dello Stato.

3.– Restano assorbite le censure formulate con riferimento agli artt. 3 e 97 Cost.

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Calabria 25 novembre 2019, n. 46, recante «Modifica alla lettera a), comma 2 dell'articolo 14 della legge regionale 21 dicembre 2005, n.17».

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 12 gennaio 2021.

F.to:

Giancarlo CORAGGIO, Presidente

Francesco VIGANÒ, Redattore

Roberto MILANA, Direttore della Cancelleria

Depositata in Cancelleria il 29 gennaio 2021.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA

Corte costituzionale, sentenza 6 luglio 2021, n. 139, Pres. Coraggio, Est. Viganò

La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità delle leggi regionali che, in violazione delle regole sulla concorrenza, dispongono la proroga od il rinnovo automatico delle concessioni demaniali.

La Corte costituzionale ha dichiarato che:

- a) le discipline regionali, le quali dispongano proroghe o rinnovi automatici delle concessioni demaniali in essere, incidono sulla materia, di competenza esclusiva statale, della tutela della concorrenza, ostacolando l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato di riferimento. L'invasione della competenza statale non è esclusa nemmeno nell'ipotesi in cui la legislazione regionale si limiti a riprodurre, nella sostanza, una disciplina già prevista dalla legislazione statale, e in particolare dall'art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145 del 2018 e successive modificazioni. Infatti, qualsiasi disciplina che comporti una restrizione al libero accesso nel mercato di altri operatori, come certamente accade quando si stabiliscano proroghe dei rapporti concessori in corso, è riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., alla legislazione statale, restando invece precluso qualsiasi intervento della legislazione regionale in questa materia;
- b) l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 18 maggio 2020, n. 8 (Misure urgenti per far fronte all'emergenza epidemiologica da COVID-19 in materia di demanio marittimo e idrico) il quale prevede, al comma 1, che la validità delle concessioni con finalità turistico-ricreativa e sportiva, diportistica e attività cantieristiche connesse, nonché con finalità di acquacoltura sia in mare che in laguna, in essere alla data del 31 dicembre 2018, con scadenza antecedente al 2033, sia estesa, a domanda dei concessionari, fino al 31 dicembre 2033; e, al comma 2, prevede poi che la «durata degli atti concessori» sia prorogata fino al termine del procedimento di cui al comma 1, comunque, per un periodo massimo di un anno decorrente dalla data di entrata in vigore della legge regionale impugnata.

Testo integrale

ANNO 2021

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Giancarlo CORAGGIO; Giudici : Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA, Maria Rosaria SAN GIORGIO,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 18 maggio 2020, n. 8 (Misure urgenti per far fronte all'emergenza epidemiologica da COVID-19 in materia di demanio marittimo e idrico), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 16-23 luglio 2020, depositato in cancelleria il 23 luglio 2020, iscritto al n. 61 del registro ricorsi 2020 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 37, prima serie speciale, dell'anno 2020.

Visto l'atto di costituzione della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia;
udito nell'udienza pubblica dell'8 giugno 2021 il Giudice relatore Francesco Viganò;
uditi l'avvocato dello Stato Ettore Figliolia per il Presidente del Consiglio dei ministri e l'avvocato Massimo Luciani per la Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia;
deliberato nella camera di consiglio del 9 giugno 2021.

Ritenuto in fatto

1.- Con ricorso notificato il 16-23 luglio 2020 e depositato in cancelleria il 23 luglio 2020, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato l'art. 2 della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 18 maggio 2020, n. 8 (Misure urgenti per far fronte all'emergenza epidemiologica da COVID-19 in materia di demanio marittimo e idrico), per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione.

1.1.- L'articolo impugnato prevede, al comma 1, che la validità delle concessioni con finalità turistico-ricreativa e sportiva, diportistica e attività cantieristiche connesse, nonché con finalità di acquacoltura sia in mare che in laguna, in essere alla data del 31 dicembre 2018, con scadenza antecedente al 2033, sia estesa, a domanda dei concessionari, fino al 31 dicembre 2033. Il comma 2 prevede poi che la «durata degli atti concessori» sia prorogata fino al termine del procedimento di cui al comma 1, comunque, per un periodo massimo di un anno decorrente dalla data di entrata in vigore della legge regionale impugnata.

Rileva il ricorrente che la Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia è certamente titolare di una competenza statutaria in materia di ittica, pesca e turismo, ed è altresì titolare delle funzioni amministrative in materia di «demanio marittimo, lacuale e fluviale», quando l'utilizzazione abbia finalità turistico-ricreativa. Cionondimeno, la disciplina degli affidamenti delle concessioni su tali

aree afferirebbe alla materia della tutela della concorrenza, di esclusiva competenza statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

La disciplina impugnata, estendendo a ulteriori concessioni demaniali marittime la proroga ex lege disposta dall'art. 1, commi 682 e 683, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), inciderebbe sull'assetto concorrenziale dei mercati in termini tali da restringere il libero estrinsecarsi delle iniziative imprenditoriali, invadendo così la competenza esclusiva dello Stato in materia, appunto, di tutela della concorrenza.

2.– Si è costituita in giudizio la Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile, e comunque infondato nel merito.

2.1.– Ad avviso della difesa regionale, il ricorso sarebbe anzitutto inammissibile, non avendo il ricorrente assolto l'onere di spiegare perché alla Regione ad autonomia speciale dovrebbe essere applicato il Titolo V della Costituzione e non lo statuto speciale.

2.2.– Nel merito, il ricorso sarebbe comunque infondato.

In via generale, le concessioni demaniali marittime rientrerebbero infatti in diversi ambiti materiali, molti dei quali di competenza regionale. La disciplina impugnata, in particolare, sarebbe intervenuta nella materia delle concessioni «con finalità turistico ricreativa e sportiva, diportistica e attività cantieristiche connesse, nonché con finalità di acquacoltura sia in mare che in laguna», già disciplinate da tre leggi della Regione Friuli-Venezia Giulia cui lo stesso art. 2 impugnato rinvia. Tali leggi regionali, d'altra parte, già regolerebbero la durata delle relative concessioni, senza essere mai state oggetto – con l'eccezione della sola legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 21 aprile 2017, n. 10 (Disposizioni in materia di demanio marittimo regionale, demanio ferroviario e demanio stradale regionale, nonché modifiche alle leggi regionali 17/2009, 28/2002 e 22/2006), scrutinata dalla sentenza n. 109 del 2018 – di censure da parte del Presidente del Consiglio dei ministri.

L'art. 2 ora impugnato, dal canto suo, si limiterebbe a meglio precisare e a dare attuazione alle previsioni della legge statale, dettate per far fronte all'emergenza determinata dalla pandemia in corso, peraltro nel pieno rispetto del diritto dell'Unione europea e dei principi di imparzialità, trasparenza e pubblicità, da essa espressamente richiamati.

3.– In prossimità dell'udienza, la Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia ha depositato memoria, con la quale ha anzitutto rilevato di avere impugnato innanzi a questa Corte, nelle more del presente giudizio, l'art. 100 del decreto-legge 4 agosto 2020, n. 104 (Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia), convertito, con modificazioni, nella legge 13 ottobre 2020, n. 126, che estende ad ulteriori concessioni demaniali la proroga ex lege stabilita dall'art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145 del 2018.

Ribadita poi l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione per non avere il ricorrente chiarito le ragioni dell'applicabilità del Titolo V della Costituzione in luogo delle norme statutarie, la difesa regionale eccepisce altresì l'inammissibilità e, comunque, l'improcedibilità dell'impugnazione con specifico riferimento al comma 2 dell'art. 2 della legge reg. Friuli-Venezia Giulia n. 8 del 2020, dal momento che l'art. 11, comma 4, della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 30 dicembre 2020, n. 25 (Legge collegata alla manovra di bilancio 2021-2023), entrato in vigore nelle more del presente giudizio, estende sino al 31 dicembre 2021 la «proroga tecnica» prevista dall'art. 2, comma 2, della legge regionale ora impugnata, sicché l'eventuale accoglimento del presente ricorso lascerebbe comunque inalterato l'effetto della nuova disciplina, non impugnata dal Presidente del Consiglio dei ministri.

Nel merito, ribaditi gli argomenti già svolti nell'atto di costituzione, la difesa regionale osserva che la censura statale assumerebbe toni paradossali, dal momento che con la disciplina contestata la Regione avrebbe addirittura esteso, in materie di competenza regionale, la disciplina prevista in via generale dello Stato per far fronte all'emergenza sanitaria in corso.

D'altra parte, la disciplina impugnata garantirebbe a ben guardare in misura più ampia la concorrenza rispetto alla stessa disciplina statale. A differenza di quest'ultima, che disporrebbe una

mera proroga ex lege sino al 2033 delle concessioni in scadenza, la legge regionale qui all'esame subordinerebbe tale proroga alla domanda dei concessionari, in presenza della quale si avvierebbe un procedimento di affidamento imperniato sui principi di trasparenza, pubblicità e concorrenza, che prevedrebbe in particolare – ai sensi dell'art. 7 della legge reg. Friuli-Venezia Giulia n. 10 del 2017 – la pubblicazione delle domande e la possibilità per chiunque di presentare osservazioni, opposizioni o istanze concorrenti entro i venti giorni successivi. Tale procedimento sarebbe stato puntualmente rispettato dall'amministrazione regionale dopo l'entrata in vigore della disciplina impugnata, essendo state pubblicate ormai un centinaio di domande di rinnovo, come da prospetto riepilogativo prodotto in allegato alla memoria. In almeno un caso, poi, vi sarebbe stata altresì un'istanza di concessione concorrente. Ciò che dimostrerebbe che «la disciplina regionale non restringe (ma – anzi – amplia) il “libero esplicarsi delle iniziative imprenditoriali” e, in ultima analisi, tutela adeguatamente (addirittura più della disciplina statale) la concorrenza».

Considerato in diritto

1.– Con il ricorso indicato in epigrafe, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha impugnato l'art. 2 della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 18 maggio 2020, n. 8 (Misure urgenti per far fronte all'emergenza epidemiologica da COVID-19 in materia di demanio marittimo e idrico), per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione.

1.1.– L'articolo impugnato, rubricato «Modifica della durata delle concessioni del demanio marittimo», dispone al comma 1 che, «[a]ttesa anche l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e al fine di garantire certezza alle situazioni giuridiche e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, in conformità alle previsioni dei commi 682 e 683 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), e nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e pubblicità, la validità delle concessioni con finalità turistico ricreativa e sportiva, diportistica e attività cantieristiche connesse, nonché con finalità di acquacoltura sia in mare che in laguna», disciplinate da tre leggi regionali richiamate e «in essere alla data del 31 dicembre 2018, con scadenza antecedente al 2033», sia «estesa fino alla data del 31 dicembre 2033 a domanda dei concessionari».

Il comma 2 prevede poi che «[l]a durata degli atti concessori è prorogata fino al termine del procedimento di cui al comma 1 e, comunque, per un periodo massimo di un anno decorrente dalla data di entrata in vigore» della legge regionale medesima.

1.2.– Secondo il Presidente del Consiglio dei ministri, l'art. 2 impugnato, prevedendo una proroga sino al 2033 delle concessioni menzionate, eccederebbe le competenze statutarie, incidendo nella materia – riservata alla legislazione statale – della tutela della concorrenza.

2.– Il ricorso è ammissibile.

2.1.– La difesa regionale ha eccepito invero l'inammissibilità del ricorso, dal momento che il Presidente del Consiglio dei ministri non avrebbe spiegato perché dovrebbero trovare applicazione, nella specie, le norme del Titolo V della Costituzione e non, invece, le pertinenti norme dello statuto speciale.

L'eccezione, tuttavia, non è fondata.

Il ricorso riconosce, infatti, che la Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia è titolare di competenze legislative primarie in materia di ittica, pesca e turismo, nonché delle competenze amministrative sul demanio marittimo, lacuale e fluviale; ma osserva che il censurato art. 2 – introducendo una proroga delle concessioni in essere sino al 2033 e, in tal modo, non consentendo di organizzare procedure di selezione per l'accesso di nuovi operatori – limita la concorrenza tra imprese, incidendo così in una materia riservata alla competenza esclusiva della legislazione statale.

Nella prospettiva del ricorrente, dunque, l'afferenza della disciplina censurata alla materia della tutela concorrenza vale a escludere che la Regione possa rivendicare qualsiasi propria competenza statutaria, la quale pacificamente non comprende la materia in questione (ex multis, sentenze n. 153 e n. 119 del 2019 e n. 109 del 2018, tutte con specifico riferimento alla Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia).

2.2.– Nella memoria depositata in prossimità dell'udienza, la difesa regionale ha altresì eccepito l'inammissibilità o, comunque, l'improcedibilità dell'impugnazione relativa al comma 2 impugnato. Osserva la difesa regionale che l'art. 11, comma 4, della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 30 dicembre 2020, n. 25 (Legge collegata alla manovra di bilancio 2021-2023), entrato in vigore nelle more del presente giudizio, estende sino al 31 dicembre 2021 la «proroga tecnica» prevista dall'art. 2, comma 2, della legge regionale ora impugnata; di talché l'eventuale accoglimento del ricorso con riferimento al comma 2 lascerebbe comunque inalterata la proroga disposta da tale ius superveniens, non impugnato dal Presidente del Consiglio dei ministri.

Nemmeno tale eccezione è fondata.

È assorbente in proposito il rilievo che il comma 2 dell'art. 2 della legge reg. Friuli-Venezia Giulia n. 8 del 2020 – che prevede una proroga “tecnica” delle concessioni in essere sino al termine del procedimento di rinnovo previsto dal comma 1 – è disposizione meramente ancillare rispetto al medesimo comma 1: di talché, nell'ipotesi in cui solo quest'ultimo venisse dichiarato costituzionalmente illegittimo, il comma 2 resterebbe comunque privo di autonoma portata normativa.

3.– Nel merito, il ricorso è fondato.

3.1.– Non v'è dubbio che, come giustamente osserva la difesa regionale, la disciplina delle concessioni demaniali interseca numerosi ambiti materiali di competenza legislativa primaria della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia; ma è altrettanto pacifico, nella giurisprudenza di questa Corte, che discipline regionali le quali dispongano proroghe o rinnovi automatici delle concessioni demaniali in essere incidono sulla materia, di competenza esclusiva statale, della tutela della concorrenza, ostacolando l'ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato di riferimento (sentenze n. 10 del 2021, n. 1 del 2019, n. 171 del 2013 e n. 213 del 2011).

3.2.– L'invasione della competenza statale non è esclusa nemmeno nell'ipotesi in cui la legislazione regionale si limiti – come accade nella specie – a riprodurre, nella sostanza, una disciplina già prevista dalla legislazione statale, e in particolare dall'art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145 del 2018 e successive modificazioni. Infatti, qualsiasi disciplina che comporti una restrizione al libero accesso nel mercato di altri operatori, come certamente accade quando si stabiliscano proroghe dei rapporti concessori in corso, è riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., alla legislazione statale, restando invece precluso qualsiasi intervento della legislazione regionale in questa materia.

3.3.– Né persuade l'argomento della difesa regionale secondo cui la disciplina in questa sede impugnata non introdurrebbe, in realtà, una proroga ex lege delle concessioni esistenti, bensì una procedura che consentirebbe la mera estensione della durata di tali concessioni su domanda degli interessati, in esito a un procedimento trasparente ed eventualmente comparativo, nel caso di presentazione di istanze concorrenti relative alla medesima concessione. Ciò che garantirebbe, ad avviso della Regione resistente, un livello di tutela della concorrenza più elevato di quello garantito oggi dalla legislazione statale, che prevede invece una generalizzata proroga – appunto – ex lege, di quindici anni e quindi sino al 2033, delle concessioni demaniali marittime.

Il tenore dell'art. 2, comma 1, impugnato, tuttavia, non supporta una simile ricostruzione. Esso si limita infatti a stabilire che, in presenza di domanda del titolare, la durata delle concessioni ivi indicate, in essere alla data del 31 dicembre 2018 e con scadenza antecedente al 2033, «è estesa fino alla data del 31 dicembre 2033»: senza alcun richiamo a procedure comparative che potrebbero essere innescate da domande di concessione concorrenti, e senza alcun espresso rinvio – in particolare – al procedimento disciplinato dalla legge regionale n. 10 del 2017, che secondo la difesa regionale troverebbe applicazione in questa ipotesi.

Tale conclusione non può essere revocata in dubbio dai documenti prodotti in giudizio dalla difesa regionale, che attestano l'avvenuta pubblicazione di un centinaio di domande di estensione della durata delle relative concessioni ai sensi della disciplina all'esame e la presentazione – in almeno un caso – di una domanda di concessione concorrente, senza che sia noto, peraltro, quale esito abbia avuto tale istanza. Ai fini della valutazione della legittimità costituzionale dell'art. 2 impugnato questa Corte non può, infatti, che muovere dal suo dato letterale, che subordina univocamente l'effetto di "estensione" sino al 2033 della durata delle concessioni esistenti alla data di entrata in vigore della legge regionale alla sola condizione della domanda dell'interessato, e appare pertanto atteggiarsi quale *lex specialis* rispetto ad ogni altra normativa – inclusa la legge regionale n. 10 del 2017 – che disciplina il procedimento di affidamento delle concessioni demaniali in parola.

Tanto basta a configurare l'effetto di "estensione" al 2033 della durata delle concessioni come una sostanziale proroga delle concessioni esistenti, eccedente per le ragioni anzidette la competenza legislativa regionale.

3.4.– Da ciò discende l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge reg. Friuli-Venezia Giulia n. 8 del 2020, per contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 18 maggio 2020, n. 8 (Misure urgenti per far fronte all'emergenza epidemiologica da COVID-19 in materia di demanio marittimo e idrico).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 9 giugno 2021.

F.to:

Giancarlo CORAGGIO, Presidente

Francesco VIGANÒ, Redattore

Roberto MILANA, Direttore della Cancelleria

Depositata in Cancelleria il 6 luglio 2021.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Roberto MILANA

Corte costituzionale, sentenza 23 ottobre 2020, n. 222 – Pres. Morelli, Red. Barbera

Massima

È incostituzionale l'art. 54 della legge regionale del Veneto 4 novembre 2002, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo), nella parte in cui, in violazione dell'articolo 117, secondo comma, lett. e) (tutela della concorrenza), prevede che il rilascio delle concessioni demaniali marittime, in esito a procedura comparativa, sia subordinato alla corresponsione a carico dell'aggiudicatario di un indennizzo, in favore del gestore uscente, da commisurare al valore dell'azienda di quest'ultimo.

Testo integrale

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Mario Rosario MORELLI; Giudici : Giancarlo CORAGGIO, Giuliano AMATO, Silvana SCIARRA, Daria de PRETIS, Nicolò ZANON, Franco MODUGNO, Augusto Antonio BARBERA, Giulio PROSPERETTI, Giovanni AMOROSO, Francesco VIGANÒ, Luca ANTONINI, Stefano PETITTI, Angelo BUSCEMA, Emanuela NAVARRETTA,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 54, commi 2, 3, 4 e 5, della legge della Regione Veneto 4 novembre 2002, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo), promosso dal Tribunale amministrativo regionale per il Veneto nel procedimento vertente tra la Bipark srl e altra e il Comune di San Michele al Tagliamento e altro, con ordinanza del 27 maggio 2019, iscritta al n. 143 del registro ordinanze 2019 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 39, prima serie speciale, dell'anno 2019.

Visti l'atto di costituzione della Cestari srl, nonché l'atto di intervento della Regione Veneto; udito nell'udienza pubblica del 22 settembre 2020 il Giudice relatore Augusto Antonio Barbera; uditi gli avvocati Massimo Carlin per la Cestari srl, Mario Bertolissi e Andrea Manzi per la Regione Veneto;

deliberato nella camera di consiglio del 22 settembre 2020.

Ritenuto in fatto

1.– Con ordinanza del 27 maggio 2019 (r.o. n. 143 del 2019), il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 54, commi 2, 3, 4 e 5, della legge della Regione Veneto 4 novembre 2002, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo), in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettere e) ed l), della Costituzione.

Le norme censurate attengono alla disciplina delle concessioni del demanio marittimo a finalità turistico-ricreative, tra cui gli stabilimenti balneari, e, più in particolare, alla regolamentazione della procedura comparativa che sovrintende al rilascio, alla modifica e al rinnovo delle concessioni.

2.– Per la parte interessata dall'ordinanza di rimessione, dette norme prevedono: che la procedura di rilascio di nuove concessioni sia subordinata al pagamento di un indennizzo in favore del concessionario uscente (comma 2); che, a tale scopo, il Comune competente debba acquisire dall'originario concessionario una «perizia di stima asseverata di un professionista abilitato da cui risulti l'ammontare del valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione», pubblicandola poi all'interno dell'avviso di gara (comma 3); che le domande di nuova concessione siano corredate «a pena di esclusione dalla procedura comparativa, da atto unilaterale d'obbligo in ordine alla corresponsione, entro trenta giorni dalla comunicazione di aggiudicazione della concessione, di indennizzo», e che il rilascio della concessione sia condizionato al pagamento dell'indennizzo, in mancanza del quale si procederà all'aggiudicazione «nei confronti del soggetto utilmente collocato in graduatoria e fino all'esaurimento della stessa» (comma 4); che la misura dell'indennizzo al gestore uscente sia pari al novanta per cento dell'ammontare del valore risultante dalla citata perizia di stima (comma 5).

3.– Il giudizio principale è stato promosso dalla Bipark srl, che ha impugnato l'avviso di gara per l'aggiudicazione della concessione relativa ad un tratto di arenile sito nel territorio del Comune di San Michele al Tagliamento, già affidato in concessione alla Villaggio Turistico Internazionale srl, deducendo, fra l'altro, l'illegittimità costituzionale della norma regionale che prescrive l'obbligo di versare un indennizzo in favore del concessionario uscente, ed assumendone un conseguente effetto invalidante su tutti gli atti della procedura.

4.– In ordine alla rilevanza delle questioni, il rimettente ha osservato che la ricorrente ha interesse a partecipare alla gara senza dover corrispondere alcun indennizzo; in tal senso, ha specificato che non assume alcun rilievo il fatto che la società non abbia presentato la domanda di partecipazione alla procedura comparativa, essendo quest'ultima condizionata all'assunzione di un obbligo unilaterale della cui fonte essa aveva dedotto l'illegittimità.

4.1.– Il rimettente ha, poi, specificato che l'interesse della ricorrente sussiste quantunque nella specie non si verta in ipotesi di «rilascio di nuove concessioni», cui parrebbe esclusivamente riferirsi il comma 2 del censurato art. 54; infatti, benché il caso di specie riguardi il rinnovo di una concessione già scaduta (senza che il concessionario si sia avvalso della prevista facoltà di proroga), «la previsione dell'indennizzo dovuto dall'aggiudicatario al gestore uscente dell'area del demanio marittimo si applica in tutti i casi in cui vi siano investimenti effettuati da quest'ultimo e non ancora ammortizzati», e dunque in ogni procedura volta all'aggiudicazione di una concessione, a prescindere dalla novità della stessa.

4.2.– Infine, il TAR Veneto ha escluso che possa costituire impedimento alla valutazione positiva di rilevanza il fatto che la ricorrente non abbia convenuto in giudizio la Regione Veneto, benché fra gli atti della procedura impugnata vi fosse un atto di quest'ultima; la relativa impugnazione, infatti, era stata proposta in forma meramente eventuale.

5.– Quanto al profilo della non manifesta infondatezza, il giudice a quo ha denunciato l'illegittimità delle norme con riferimento a due distinti parametri.

5.1.– In primo luogo, ha sostenuto che la previsione di un indennizzo a favore del gestore uscente comporterebbe l'invasione della competenza esclusiva dello Stato nella materia «tutela della concorrenza», con conseguente violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

Ha richiamato, al riguardo, il dettato dell'art. 16, comma 4, del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 (Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno), ove è disposto, fra l'altro, che la procedura di selezione volta al rilascio di un titolo per una determinata attività di servizi non stabilisca che siano accordati vantaggi al prestatore uscente.

Secondo il rimettente, una tale disposizione non esclude che, al momento della cessazione del rapporto, possa essere riconosciuta una forma di ammortamento degli investimenti effettuati dal concessionario uscente, soprattutto in relazione al periodo in cui egli poteva confidare sulla stabilità del titolo concessorio, in forza del cosiddetto diritto di insistenza o delle proroghe accordategli ope legis; nel caso di specie, tuttavia, il riconoscimento di un indennizzo pari al novanta per cento «di una grandezza dai contorni incerti ed indeterminati, quale “il valore aziendale dell'impresa insistente sull'area oggetto della concessione”», costituirebbe «un'eccessiva barriera a discapito dei nuovi entranti nel settore economico di interesse» e contrasterebbe con l'esigenza di garantire parità di trattamento ed uniformità di condizioni di mercato sull'intero territorio nazionale, che può essere assicurata solo dal legislatore statale.

In definitiva, ad avviso del rimettente l'obbligo di versare un indennizzo al gestore uscente inciderebbe sulle possibilità di accesso al mercato, costituendo per molte imprese un disincentivo a partecipare alla procedura concorsuale per l'affidamento.

5.2.– Sotto altro profilo, la previsione di un indennizzo costituirebbe violazione dell'art. 117, comma secondo, lettera l), Cost., interessando anche la materia «ordinamento civile».

Per un verso, infatti, detta previsione andrebbe ricondotta al «principio civilistico del divieto di arricchimenti ingiustificati», in quanto, «pur inserendosi all'interno della disciplina pubblicistica di una procedura ad evidenza pubblica, attiene al rapporto – di schietto sapore privatistico – tra due soggetti (il gestore uscente e il subentrante) disciplinato dalle comuni regole civilistiche».

Per altro verso, essa comporterebbe una deroga all'art. 49 del regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 (Approvazione del testo definitivo del Codice della navigazione), a mente del quale, salvo che sia diversamente stabilito nel titolo, l'estinzione del rapporto concessorio determina l'acquisizione al demanio delle opere non amovibili realizzate dal concessionario, senza alcun compenso o rimborso.

6.– Con atto depositato il 10 ottobre 2019 è intervenuta nel giudizio la Regione Veneto.

6.1.– Dopo aver preliminarmente ricostruito l'evoluzione della disciplina delle concessioni demaniali marittime, la Regione ha richiamato le posizioni assunte sul tema dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui tale disciplina investe diversi ambiti materiali, alcuni dei quali rientrano nelle competenze primarie delle Regioni (come le materie «turismo» e «governo del territorio»); ha quindi rilevato che, in un contesto normativo statale nel quale l'adeguamento ai principi del diritto dell'Unione europea si presenta ancora incompiuto, l'intervento regionale si era reso necessario per tutelare le componenti economico-aziendali del concessionario uscente, così come – peraltro – prescritto dalla stessa Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, evocata nell'ordinanza di rimessione.

Quest'ultima, infatti, riconosce, al considerando n. 62, la necessità di «garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti» dal gestore uscente, e, all'art. 12, attribuisce agli Stati la possibilità di tener conto, nell'ambito delle procedure di selezione, di motivi di interesse generale, fra i quali dovrebbe farsi rientrare anche la remunerazione dei concessionari uscenti, onde evitare un ingiustificato arricchimento dei subentranti.

In via ulteriormente preliminare, pertanto, la Regione ha chiesto a questa Corte di disporre la restituzione degli atti al giudice a quo, onde consentirgli di interpellare in via pregiudiziale la Corte di giustizia dell'Unione europea, «chiedendo se gli artt. 49 e 56 TFUE e l'articolo 12 della Direttiva servizi ostino ad una normativa nazionale o regionale che riconosca un'adeguata remunerazione dei capitali investiti dal concessionario uscente, configurando questi un “indebito vantaggio” al prestatore uscente [...] ovvero se questo genere di misure sia consentito dal diritto sovranazionale»; in alternativa, ha chiesto di rivolgere il medesimo interpello onde accertare la possibile contrarietà al diritto dell'Unione Europea dell'art. 49 cod. nav., nella parte in cui esclude ogni rimborso a favore del concessionario uscente che abbia realizzato opere inamovibili destinate ad essere acquisite al demanio.

Con riguardo a tale ultima norma, peraltro, la Regione ha adombrato la possibilità che questa Corte sollevi d'ufficio questioni di legittimità costituzionale «per contrarietà agli artt. 2, 3, 41 e 42 della Costituzione».

La Regione Veneto ha, infine, eccepito l'inammissibilità della seconda questione, in quanto formulata in termini generici e non sorretta da adeguata motivazione

6.2.– Quanto al merito delle censure, la Regione ha eccepito l'infondatezza della prima questione, poiché, in un quadro di sempre più accentuato “federalismo demaniale”, la previsione di un indennizzo a favore del gestore uscente era volta a conferire tutela alle imprese operanti in ambito locale; ha quindi sostenuto che l'eventuale ablazione delle norme censurate avrebbe comportato un'indebita compressione della competenza legislativa regionale nella materia «governo del territorio», a fronte di un'eccessiva estensione della materia «tutela della concorrenza».

7.– Con atto depositato il 14 ottobre 2019 si è costituita nel giudizio di legittimità costituzionale la Cestari srl, interveniente ad adiuvandum nel giudizio principale, chiedendo l'accoglimento delle questioni sollevate, sulla base dei precedenti di questa Corte (sono richiamate le sentenze n. 109 del 2018, n. 157 e n. 107 del 2017) che avevano ritenuto illegittime, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., alcune disposizioni regionali che prevedevano indennizzi a favore del concessionario uscente.

8.– Le parti costituite hanno poi depositato memorie in prossimità dell'udienza.

8.1.– La Regione Veneto, nel ribadire le proprie argomentazioni, ha rilevato che nel frattempo era entrato in vigore l'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (Misure urgenti

in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 17 luglio 2020, n. 77, ove è stabilito che «per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all'articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

Secondo la Regione, una siffatta proroga delle concessioni in essere, e dei connessi procedimenti di cui all'art. 49 cod. nav., sarebbe idonea ad «incidere sulla rilevanza della questione sollevata dal TAR Veneto, determinando a monte la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione nel giudizio a quo»; di qui la richiesta di declaratoria di inammissibilità delle questioni per difetto di rilevanza, o quantomeno di restituzione degli atti al rimettente per una nuova valutazione del presupposto della rilevanza.

8.2.– Nella sua memoria illustrativa, la Cestari srl ha insistito nelle proprie argomentazioni, ribadendo la richiesta di accoglimento delle questioni sollevate.

Considerato in diritto

1.– Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto dubita della legittimità costituzionale dell'art. 54, commi 2, 3, 4 e 5, della legge della Regione Veneto 4 novembre 2002, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo), in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettere e) ed l), della Costituzione.

Le norme censurate, nel disciplinare le modalità di svolgimento della procedura comparativa per il rilascio delle concessioni per l'uso del demanio marittimo a finalità turistico-ricreativa, tra cui gli stabilimenti balneari, prevedono, in particolare, il pagamento di un indennizzo in favore del gestore uscente quale condizione per l'aggiudicazione della concessione al subentrante, a pena di esclusione; determinano, inoltre, l'ammontare del relativo importo in misura pari al novanta per cento del valore dell'azienda del gestore uscente, come asseverato sulla base di una perizia giurata da inserire fra gli atti dell'avviso di gara.

1.1.– Secondo il rimettente, tali norme invaderebbero la competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia «tutela della concorrenza», contrastando con il disposto dell'art. 16, comma 4, del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 (Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno), che, nel disciplinare le procedure di selezione, impedisce l'attribuzione di qualsiasi vantaggio al concessionario uscente.

In ogni caso, esse non garantirebbero la parità di trattamento e l'uniformità delle condizioni del mercato nel settore di riferimento, incidendo sulle possibilità di accesso al titolo concessorio: obiettivi, questi, che solo la legge statale può assicurare, nell'esercizio della competenza esclusiva in materia.

1.2.– Le norme censurate, inoltre, intersecherebbero la competenza esclusiva dello Stato nella materia «ordinamento civile»: l'imposizione di un indennizzo a carico del nuovo concessionario sarebbe infatti, per un verso, riconducibile al principio civilistico del divieto di arricchimenti ingiustificati, e, per altro verso, darebbe luogo ad una deroga all'art. 49 del regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 (Approvazione definitiva del Codice della navigazione), che prevede l'acquisizione al demanio delle sole opere non amovibili realizzate dal concessionario uscente, senza alcun compenso o rimborso in suo favore.

2.– La Regione Veneto, intervenuta in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità delle questioni per difetto di rilevanza, assumendo che la ricorrente nel giudizio principale avrebbe perduto

l'interesse ad agire in seguito alle modifiche intervenute sulla complessiva disciplina delle concessioni demaniali marittime per effetto dell'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, nella legge 17 luglio 2020, n. 77; in subordine, ha chiesto che sia disposta la restituzione degli atti al giudice a quo per una nuova valutazione della rilevanza.

2.1.– Entrambe le eccezioni sono infondate.

2.2.– Per la parte invocata dall'ente intervenuto, la norma in questione così dispone: «[f]ermo restando quanto disposto nei riguardi dei concessionari dall'articolo 1, commi 682 e seguenti, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, per le necessità di rilancio del settore turistico e al fine di contenere i danni, diretti e indiretti, causati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, le amministrazioni competenti non possono avviare o proseguire, a carico dei concessionari che intendono proseguire la propria attività mediante l'uso di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale, i procedimenti amministrativi per la devoluzione delle opere non amovibili, di cui all'articolo 49 del codice della navigazione, per il rilascio o per l'assegnazione, con procedure di evidenza pubblica, delle aree oggetto di concessione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

La norma in questione, pertanto, richiama in premessa il contenuto della legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021), nella parte in cui dispone che la durata delle concessioni dei beni demaniali marittimi «vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge» sia prorogata di quindici anni (art. 1, commi 682 e 683); quindi stabilisce che, per il medesimo periodo, restino sospesi i procedimenti di rilascio o di assegnazione delle aree oggetto di tali concessioni, laddove i concessionari intendano proseguire la loro attività.

2.3.– Secondo la Regione Veneto, la proroga della concessione e la sospensione del procedimento di rilascio dell'area sarebbero applicabili anche al rapporto oggetto del giudizio principale, determinando così la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione in capo alla società che aveva impugnato il relativo avviso di gara.

Tale profilo è tuttavia estraneo al giudizio incidentale, i cui requisiti di ammissibilità, con riguardo alle condizioni dell'azione nell'ambito del processo principale, debbono essere valutati con riferimento al tempo di adozione dell'ordinanza di rimessione, senza che assumano rilievo circostanze sopravvenute (ex plurimis sentenze n. 85 del 2020 e n. 264 del 2017).

L'eccezione di inammissibilità della questione è, pertanto, infondata.

2.4.– Né, del resto, la proroga ex lege delle concessioni balneari può assumere rilievo in questa sede come jus superveniens, così da imporre un riesame della rilevanza delle questioni da parte del giudice rimettente, come richiesto dalla Regione Veneto.

Infatti, la modifica normativa potrebbe interferire sulle disposizioni censurate solo se il concessionario uscente avesse manifestato l'intento di proseguire la propria attività; ma tale circostanza di fatto non è neppure stata allegata dalla Regione, mentre è incontestato il dato secondo cui lo stesso concessionario non si è avvalso della facoltà di proroga della concessione, quantunque attribuitagli ex lege.

3.– Passando al merito, la prima questione è fondata.

3.1.– Questa Corte ha più volte affermato che la disciplina delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale, sia regionale, ma che particolare rilevanza, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento delle concessioni, «assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale» (sentenze n. 86 del 2019 e n. 40 del 2017); principi corrispondenti ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

A tale proposito, un ruolo centrale è svolto dal citato art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2010, che – attuando il contenuto dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del

Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno – prescrive la predeterminazione dei criteri e delle modalità atti ad assicurare l'imparzialità delle procedure di selezione per l'assegnazione dei titoli concessori e, per i profili inerenti alla presente fattispecie, dispone che non possano essere «accordati vantaggi al prestatore uscente».

3.2.– In tale quadro si collocano le disposizioni oggetto di censura.

Esse, infatti, prevedono il riconoscimento di un indennizzo, in favore del gestore uscente, al momento della cessazione delle concessioni demaniali marittime, differenziando la disciplina della Regione Veneto da quella prevista per il resto del territorio nazionale.

La legge statale, infatti, non assegna alcun rilievo alle componenti economico-aziendali dell'impresa del concessionario uscente, in caso di definizione del rapporto; ciò vale, come si è detto, anche per il caso in cui questi abbia realizzato opere non amovibili, che in base all'art. 49 cod. nav. possono essere acquisite al demanio senza alcun compenso o rimborso, ovvero senza oneri che gravino sul subentrante.

3.3.– Con il meccanismo delineato dalle norme censurate, il subentro nel rapporto concessorio è condizionato al pagamento di un indennizzo in favore del concessionario uscente; e tale meccanismo, all'evidenza, influisce «sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all'affidamento» (sentenza n. 157 del 2017).

Di qui la violazione del parametro di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

3.4.– Le contrarie argomentazioni della Regione Veneto non possono essere condivise.

Ed infatti, anche a voler ipotizzare, in linea del tutto astratta, che le disposizioni in questione siano riconducibili alla materia «governo del territorio», in quanto funzionali, come affermato dalla Regione, a obiettivi di “federalismo demaniale”, dev'essere ribadito che, secondo il costante orientamento di questa Corte, le norme che stabiliscono i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime sono riconducibili alla competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., ed «in siffatta competenza esclusiva, le pur concorrenti competenze regionali trovano così un limite insuperabile» (sentenze n. 161 del 2020 e n. 109 del 2018).

Il fatto, poi, che la stessa normativa dell'Unione europea consenta ai legislatori nazionali di adottare garanzie per l'ammortamento degli investimenti effettuati dal gestore uscente non permette, in sé solo, alle Regioni di alterare le modalità con cui il legislatore statale, nell'ambito della sua competenza esclusiva, ha inteso dare attuazione a detta prerogativa; né alla Regione è consentito di intervenire quando il legislatore non si sia avvalso di questa possibilità, tenuto conto che, ai fini di tale attuazione, assume rilievo il riparto costituzionale delle competenze (art. 117, quinto comma, Cost.).

Per tale assorbente ragione non può avere seguito l'ulteriore richiesta formulata dalla Regione Veneto di disporre la restituzione degli atti al giudice a quo, onde consentirgli di interpellare in via pregiudiziale la Corte di giustizia dell'Unione europea, «chiedendo se gli artt. 49 e 56 TFUE e l'articolo 12 della Direttiva servizi ostino ad una normativa nazionale o regionale che riconosca un'adeguata remunerazione dei capitali investiti dal concessionario uscente, configurando questi un “indebito vantaggio” al prestatore uscente [...] ovvero se questo genere di misure sia consentito dal diritto sovranazionale», né quella, avanzata in via alternativa, di rivolgere il medesimo interpello onde accertare la possibile contrarietà al diritto dell'Unione Europea dell'art. 49 cod. nav., nella parte in cui esclude ogni rimborso a favore del concessionario uscente che abbia realizzato opere inamovibili destinate ad essere acquisite al demanio.

Con riguardo a tale ultima norma, inoltre, non sussistono nemmeno, per evidente mancanza di pregiudizialità, le condizioni perché questa Corte – come pure richiesto dalla stessa Regione – sollevi d'ufficio questione di legittimità costituzionale «per contrarietà agli artt. 2, 3, 41 e 42 della Costituzione».

L'intervento del legislatore regionale, infine, non è consentito neppure nella lamentata situazione di inerzia del legislatore statale.

Questa Corte, in fattispecie analoga alla presente quanto all'incisione della posizione del gestore uscente, ha affermato che «l'enunciata finalità di tutelare [...] l'affidamento e la certezza del diritto degli operatori locali, non vale ad escludere il vulnus arrecato dalla disposizione in esame alla competenza esclusiva dello Stato, in materia di tutela della concorrenza», poiché spetta unicamente allo Stato di «disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni già in essere nelle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni» (sentenza n. 1 del 2019).

4.– Resta assorbita la questione formulata con riferimento al parametro di cui all'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, commi 2, 3, 4 e 5, della legge della Regione Veneto 4 novembre 2002, n. 33 (Testo unico delle leggi regionali in materia di turismo).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 22 settembre 2020.

Cons. Stato, sez IV, n.1416/2021

il mancato ricorso a procedure di selezione aperta, pubblica e trasparente tra gli operatori economici interessati, determina un ostacolo all'ingresso di nuovi soggetti nel mercato, non solo risultando invasa la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, in violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., ma conseguendone altresì il contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., per lesione dei principi di derivazione europea nella medesima materia. Tale principio si estende anche alle concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative le quali hanno come oggetto un bene/servizio limitato nel numero e nell'estensione a causa della scarsità delle risorse naturali. La spiaggia è infatti un bene pubblico demaniale (art. 822 c.c.) e perciò inalienabile e impossibilitato a formare oggetto di diritti a favore di terzi (art. 823 c.c.), sicché proprio la limitatezza nel numero e nell'estensione, oltre che la natura prettamente economica della gestione (fonte di indiscussi guadagni), giustifica il ricorso a procedure comparative per l'assegnazione (in tal senso si è espressa la Corte di Giustizia Europea che ha affermato che "*l'art. 12 della Dir. 2006/123/CE(38) osta a una misura nazionale che preveda l'automatica proroga del titolo concessorio, in assenza di qualsiasi procedura selettiva di valutazione degli operatori economici offerenti*" – cfr. sentenza 14 luglio 2016).

10.1. Di conseguenza, qualsivoglia normativa nazionale o regionale deve in materia ispirarsi alle regole della Unione Europea sulla indizione delle gare (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 aprile 2017, n. 1763), stante l'efficacia diretta nell'ordinamento interno degli Stati membri delle pronunce della Corte.

Tar Salerno, sez II, n.265/2021 (<https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/proroghe-delle-concessioni-del-demanio-marittimo>)

alla luce del prevalente indirizzo giurisprudenziale, non è in alcun modo riscontrabile una proroga automatica ex lege di una concessione demaniale marittima.

Ciò significa che anche la più recente proroga legislativa automatica delle concessioni demaniali in essere fino al 2033, provocata dall'articolo unico, comma 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021) che così testualmente recita: "Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677 rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale" – è coinvolta, con le conseguenze del caso, nel ragionamento giuridico sopra esposto e ciò, non solo perché detta disposizione rievoca norme nazionali già dichiarate in contrasto con l'ordinamento euro-unitario dalla corte di giustizia nel 2016 (determinando una giuridicamente improbabile reviviscenza delle stesse) ma, a maggior ragione, dopo il recente intervento della Corte di giustizia UE che, nella sentenza 30 gennaio 2018, causa C-360/15 Visser, ha esteso addirittura la platea dei soggetti coinvolti dalla opportunità di pretendere l'assegnazione della concessione demaniale solo all'esito dello svolgimento di una procedura selettiva» (cfr., in senso adesivo, TAR Veneto, Venezia, sez. I, 3 marzo 2020, n. 218).

10.3. La disapplicabilità dell'art. 1, comma 682, della l. n. 145/2018 è stata di recente propugnata anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella segnalazione AS1684 del 1° luglio 2020 nel parere AS1701 del 4 agosto 2020, ove ha stigmatizzato il contrasto dei provvedimenti amministrativi avallanti la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo con gli artt. 49 e 56 del TFUE, in quanto suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché con le disposizioni normative euro-unitarie in materia di affidamenti pubblici, con particolare riferimento all'art. 12 della direttiva 2006/123/CE: «... è nell'interesse del mercato – recita il menzionato parere AS1701 del 4 agosto 2020 – effettuare un attento bilanciamento tra i benefici di breve periodo e i possibili costi che si potrebbero manifestare in un orizzonte temporale più ampio. La concessione di proroghe in favore dei precedenti concessionari, infatti, rinvia ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, così impedendo di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica. Quindi, eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle amministrazioni, per consentire quanto prima l'allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive. Di conseguenza, l'Autorità ritiene che, per le ragioni sopra esposte, codesto Comune avrebbe dovuto disapplicare la normativa posta a fondamento della determina dirigenziale ... per contrarietà della stessa ai principi e alla disciplina euro-unitaria sopra richiamata. Le disposizioni relative alla proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative contenute nel provvedimento amministrativo, integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere».

Tar Toscana, sez II, n. 363/2021 <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/illegittime-le-proroghe-al-2033-delle-concessioni-del-demanio-marittimo>

Massima

Il rilascio delle concessioni demaniali che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE è subordinato all'espletamento di una procedura di selezione tra potenziali candidati, che deve presentare garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità, con la conseguenza che è illegittima la proroga disposta dall'Amministrazione resistente e la conseguente decisione di non dar corso alla procedura comparativa perchè disposte in aperta violazione del divieto, introdotto dalla normativa eurounitaria, di applicazione dell'art. 1, commi 682 e 683, l. n. 145 del 2018

Tar Pescara, sez I, N.40/2021

- se il giudice nazionale accerta che le concessioni oggetto di proroga automatica ex lege hanno a oggetto una risorsa naturale "scarsa" e che vi è un interesse trasfrontaliero verso di esse, allora si deve concludere per il contrasto della disciplina che prevede tale proroga senza procedura selettiva con le succitate disposizioni e principi eurounitari (Consiglio di Stato 7874 del 2019; Tar Salerno sentenza 265 del 2021);
- ne deriva che l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale deve essere disapplicata in ossequio alla pronuncia della Corte di Giustizia del 2016, con conseguente illegittimità degli atti di proroga delle concessioni demaniali in assenza di gara (cfr. Consiglio di Stato sentenza 1368 del 2019; Tar Salerno sentenza 265 del 2021);
- del resto anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha recentemente statuito (segnalazione AS1684 del 1° luglio 2020 nel parere AS1701 del 4 agosto 2020, su cui pur Tar Salerno sentenza 265 del 2021) che *"Le disposizioni relative alla proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative ..., integrano, infatti, specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento di servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere"*;
- il Collegio rileva peraltro che la "scarsità" e l'interesse frontaliero devono essere valutati nel complesso dei beni coinvolti nei provvedimenti adottati dall'Amministrazione e dunque occorre a tal fine considerare tutte le concessioni in corso di validità e oggetto di proroga, che pertanto devono essere unitariamente valutate, sia perché così considerate nel bando di proroga oggetto del presente giudizio sia perché la considerazione parcellizzata del territorio oggetto di intervento pubblico, e dunque dei singoli lotti, sarebbe artificiosa e contrasterebbe con il principio dell'effetto utile del diritto sovranazionale (Consiglio di Stato sentenza 3061 del 2019);
- trattandosi dunque di una proroga generalizzata di più concessioni in corso di validità nel territorio del Comune di Vasto, appare oggettiva la sussistenza di un probabile interesse anche di operatori trasfrontalieri in ragione del rilievo economico che rende poco incisivi i maggiori vincoli e oneri supplementari con i quali detti operatori debbono confrontarsi a differenza di quelli nazionali (Corte giustizia UE sez. IV, 06/10/2016, n.318); potendo peraltro essi aspirare a gestirne nel tempo più di una;
- in ogni caso, come sottolineato dalla ricorrente, gli stessi valori economici degli investimenti sostenuti dalle contropartite depongono, secondo un criterio di ragionevolezza economica, nel senso che si tratti di attività particolarmente attrattive sotto il profilo della redditività;
- la circostanza che vi siano altre porzioni di spiaggia libera, dedotta dal Comune resistente, pur suggestiva, non può assumere rilievo dirimente, atteso che le concessioni demaniali marittime con finalità turistico ricreative hanno come oggetto un bene/servizio che è ontologicamente "limitato" nel numero e nell'estensione a causa appunto della scarsità delle risorse naturali, poiché la spiaggia è un bene pubblico demaniale comunque limitato nell'estensione;
- la scarsità, cioè, non viene meno perché una parte del tutto non è stata ancora assegnata, in quanto è un connotato che riguarda il bene nel suo complesso, che è appunto limitato nello spazio e dunque

non accessibile astrattamente a tutti, e perciò la sua assegnazione deve rispettare il principio di concorrenza (Tar Lecce sentenza 1329 del 2017);

Tar Lecce, sez I, 1321/2020 (posizione minoritaria) Appello proposto ma non ancora deciso
(<https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/disapplicazione-della-norma-interna-per-conflitto-con-la-norma-unionale>)

La normativa in tema di concessioni demaniali ha subito negli corso degli anni rilevanti modifiche, dovute soprattutto all'esigenza di coordinamento della legislazione nazionale con la normativa comunitaria o euro-unionale.

In particolare la direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, art. 12 paragrafi 1 e 2 relativa ai servizi del mercato interno ha dichiarato non compatibili i provvedimenti di proroga automatica delle "autorizzazioni" demaniali marittime destinate all'esercizio delle attività turistico-ricreative in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra gli aspiranti, integrando peraltro siffatta normativa violazione dell'art. 49 del T.F.U.E..

L'art. 12 della predetta direttiva servizi trova applicazione in tutte le ipotesi in cui l'attività economica preveda l'utilizzo di risorse naturali scarse o comunque quantitativamente circoscritte o limitate e così dispone: *"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 trasparenza e preveda, in particolare, una adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento"*.

Già con l'entrata in vigore dell'art. 1 c. 18 del DL 194/2009, convertito con modificazioni con Legge 26.2.2010 n. 25, è stato abrogato l'art. 37 secondo comma del Codice della Navigazione che prevedeva il cd. diritto di insidenza del concessionario, disponendosi tuttavia una proroga delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2015, termine successivamente prorogato sino al 31 dicembre 2020 per effetto della successiva Legge 228/2012.

La normativa nazionale suindicata è stata ritenuta non compatibile con l'ordinamento dell'Unione Europea sia dalla Corte di Giustizia (decisione 16 luglio 2016) sia dalla Corte Costituzionale (C.Cost. 180/2010, relativa alla declaratoria di incostituzionalità di Leggi regionali dispositive di proroga o rinnovo automatico).

Lo Stato italiano, al fine di evitare le conseguenze connesse all'apertura di procedura di infrazione, con l'art. 24 c. 3 –septies del D.L. 113/2016 convertito con legge 160/2016 ha previsto una sanatoria dei rapporti concessori in essere in via interinale e *"nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea"*.

La nuova normativa volta a garantire compatibilità con l'ordinamento unionale non è tuttavia mai intervenuta e, approssimandosi la scadenza del 31 dicembre 2020, con l'art. 1 commi 682 e 683 della Legge 145/2018 ha disposto ulteriore proroga delle concessioni demaniali in vigore fino al 31 dicembre 2033.

Il regime di proroga ulteriore introdotto con la Legge Finanziaria 2019 ed avente durata di 13 anni a decorrere dal 31 dicembre 2020, in assenza della approvazione di alcuna normativa di riordino della materia, integrando evidente violazione delle prescrizioni contenute nella direttiva servizi e in disparte la certa prospettiva della riapertura di procedura di infrazione, ha determinato uno stato di assoluta incertezza per gli operatori e per le pubbliche amministrazioni.

Ciò premesso, la Sezione ha ricordato che il sistema di integrazione e di omogeneizzazione degli Stati nel contesto dell'Unione Europea è in una fase intermedia e probabilmente di transizione, una sorta di "terra di mezzo", caratterizzata da incertezze nella fase della regolazione delle competenze, come si evince anche dal rapporto, a volte conflittuale, tra la Corte di Giustizia europea e le Corti costituzionali nazionali.

La sentenza si è quindi soffermata ad analizzare la natura e l'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia nell'ambito della scala di gerarchia delle fonti del diritto

La Corte Costituzionale, già con le sentenze nn. 113 del 1985 e 39 del 1989, ha riconosciuto il principio della immediata efficacia e vincolatività delle “statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia”, al pari di quanto statuito con riferimento alle direttive autoesecutive (Corte cost. 2 febbraio 1990, n. 64 e 18 aprile 1991, n. 168).

Nella presente fase di transizione, la Corte di Giustizia – che non può intervenire ed incidere direttamente sul diritto interno – non conosce un procedimento giurisdizionale e una tipologia di pronunce assimilabili alle sentenze della Corte costituzionale nazionale e non può pertanto dichiarare l'abrogazione di norme nazionali in conflitto con la normativa euro-unionale.

Le sentenze della Corte di Giustizia non sono quindi sussumibili tecnicamente tra le fonti del diritto e il riconosciuto effetto vincolante risulta circoscritto alle sole sentenze interpretative del diritto unionale, dovendosi pertanto ritenere, se non fonti del diritto in senso tecnico, tuttavia vincolanti quanto all'interpretazione e, pertanto fonti di integrazione del diritto unionale, del quale esprimono interpretazione autentica.

Ha quindi affermato il Tar Lecce che il provvedimento amministrativo adottato in conformità alla legge nazionale ma in violazione di direttiva autoesecutiva o di regolamento U.E., secondo l'orientamento giurisprudenziale largamente prevalente, costituisce atto illegittimo e non già atto nullo, con conseguente sua annullabilità da parte del Giudice amministrativo (previa disapplicazione della norma nazionale), su eventuale ricorso che potrà essere proposto da un soggetto per il quale ricorrano i presupposti della legittimazione e dell'interesse a ricorrere.

Per il caso di conflitto della norma nazionale con norma comunitaria immediatamente efficace ed esecutiva deve quindi ritenersi sussistere l'obbligo di disapplicazione della norma interna in favore di quella U.E., interpretata nel senso vincolativamente indicato da eventuale sentenza della C.G.U.E..

La Corte di Giustizia, con sentenza del 16 luglio 2016, ha fornito l'interpretazione vincolante dell'art. 12 paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein, affermando che “l'art. 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 di 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 qualsivoglia procedura di selezione tra i potenziali candidati; l'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che preveda una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico ricreative, nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo”.

Tale pronuncia costituisce tipica espressione di esercizio della funzione di interpretazione autentica vincolante per il giudice dello Stato membro.

Non può invece riconoscersi natura interpretativa vincolante ad una relativamente recente pronuncia della Corte di Giustizia nella quale risulta affermato il principio secondo cui la prevalenza della norma unionale su quella nazionale comporterebbe l'obbligo di disapplicazione di quella interna da parte dello stato membro “in tutte le sue articolazioni” ovvero sia da parte del giudice che da parte dell'amministrazione.

Tale statuizione della Corte di Giustizia non può ritenersi – a differenza della precedente - di natura interpretativa di una specifica direttiva o regolamento U.E. e comunque, a prescindere da ogni altra considerazione, tale statuizione risulta ultronea e non vincolante.

Ed invero per sentenza interpretativa del diritto dell'Unione non può che intendersi una pronuncia volta a chiarire la portata e la ratio legis di una statuizione specifica e non già una qualsiasi affermazione di carattere generale volta a condizionare in senso vincolante e limitativo l'attività decisionale del giudice interno o della pubblica amministrazione, funzioni che invece soggiacciono a norme e a regole processuali inderogabili previste dall'ordinamento nazionale.

Tale orientamento sembrerebbe recepito nella sentenza della [sez. V 28 febbraio 2018, n. 1219](#), nella quale anzitutto si ribadisce che la disapplicazione doverosa della norma interna rientra nell'attività di interpretazione, finalizzata "all'individuazione della norma applicabile, riservata al giudice, in applicazione del principio *iura novit curia* e nel doveroso rispetto dei principi di primazia del diritto comunitario, di certezza del diritto e di leale collaborazione".

Appare quindi non significativo il successivo riferimento al doveroso rispetto dei principi di primazia del diritto comunitario e di certezza del diritto "che impongono sia alla pubblica amministrazione, sia al giudice di garantire la piena e diretta efficacia nell'ordinamento nazionale e la puntuale osservanza ed attuazione del diritto comunitario. Ne consegue che la disapplicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere dovere, anzi, un dovere istituzionale per il giudice...".

Siffatto orientamento risulta altresì espresso nella sentenza della [sez. VI del Consiglio di Stato n. 7874 del 18 novembre 2019](#).

L'orientamento espresso da tale giurisprudenza, condivisibile quanto alla configurazione del provvedimento amministrativo conforme alla legge nazionale in contrasto con la norma euro-unionale come provvedimento illegittimo e non già come nullo, non è, invece, condivisibile quanto all'obbligo posto a carico dell'amministrazione di disapplicare la norma nazionale, ritenendosi viceversa tale attività riservata solo ed esclusivamente al giudice.

La disapplicazione di una norma di legge costituisce il risultato di un'attività di interpretazione abrogativa.

L'interpretazione abrogante è consentita solo ed esclusivamente in presenza della contemporanea vigenza di due norme in conflitto insanabile tra loro; perché si abbia un conflitto insanabile è necessario che non risulti possibile dirimere il conflitto - in una prospettiva di coerenza e completezza dell'ordinamento - ovvero facendo applicazione di regole precise e consolidate, quali quelle che fanno prevalere - ad esempio - la norma speciale successiva su quella generale precedente.

Al di fuori di siffatta particolare ipotesi - di difficile e rara configurazione, il ricorso all'interpretazione abrogante non è dunque consentito al Giudice così come - a maggior ragione - alla Pubblica Amministrazione.

Proprio in ragione della delicatezza e complessità della interpretazione abrogativa in ipotesi finalizzata alla disapplicazione della norma, l'ordinamento nazionale attribuisce al Giudice la facoltà, ricorrendo determinati presupposti, di sospensione del giudizio e rimessione degli atti alla Corte Costituzionale laddove il contrasto ricorra con riferimento ad una norma della Costituzione.

La disapplicazione attiene viceversa alla decisione del caso concreto e non è pertanto idonea a determinare un effetto erga omnes.

Anche l'ordinamento euro-unionale, proprio in vista dell'eventuale disapplicazione da parte del giudice della norma nazionale in conflitto con la norma comunitaria, attribuisce allo stesso il potere di sospensione del giudizio e di rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di Giustizia.

La facoltà di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e quella di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sono funzioni strumentali e ancillari rispetto al potere di disapplicazione della norma nazionale, riconosciuto al Giudice.

Al fine di stabilire chi possa o debba disapplicare la norma nazionale in conflitto con la normativa comunitaria appare dirimente considerare che le predette facoltà di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in quanto prodromiche e funzionali rispetto alla eventuale successiva determinazione di disapplicare la norma interna, non sono invece attribuite alla pubblica amministrazione e, per essa, al dirigente o funzionario preposto.

Proprio tale considerazione induce a ritenere che la norma nazionale, ancorché in conflitto con quella euro-unionale, risulti pertanto vincolante per la pubblica amministrazione.

Occorre inoltre considerare che la disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice si inserisce in un contesto coerente e tendenzialmente unitario, quale quello proprio del sistema di tutela giurisdizionale offerto dall'ordinamento, che - attraverso il ricorso ai mezzi di impugnazione ordinaria e straordinaria - garantisce uniformità di applicazione della norma sul territorio nazionale, laddove la disapplicazione vincolata ed automatica disposta dalle singole pubbliche amministrazioni determinerebbe una situazione caotica ed eterogenea, nonché caratterizzata in ipotesi da disparità di trattamento tra gli operatori a seconda del comune di riferimento.

Tar Veneto, sez I, n.218/2020 (risulta proposto appello ma non è stata ancora emanata alcuna decisione)

deve quindi ritenersi illegittima la normativa nazionale che consente la proroga automatica della concessione medesima, come, nel caso che qui interessa, l'art. 1, comma 682 della legge 30 dicembre 2018, n. 145.

Ora, come chiarito dalla recente sentenza del Consiglio di Stato n. 7874 del 2019 cit., a fronte di una disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario *“la non applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere, per il giudice, che opera anche d'ufficio (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2018 n. 1219 e, prima ancora, 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. Infatti la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia crea l'obbligo del giudice nazionale di uniformarsi ad essa e l'eventuale violazione di tale obbligo vizierebbe la sentenza secondo la disciplina dell'ordinamento interno e, al contempo, darebbe luogo a una procedura di infrazione nei confronti dello stato di cui quel giudice è organo (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2019 n. 2890).*

Tale dovere sussiste indipendentemente dal fattore temporale e quindi dalla mera circostanza che la norma interna confliggente sia precedente o successiva a quella comunitaria (cfr. 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 (cfr. Corte Cost., ord. 23 giugno 1999 n. 255 e 23 aprile 1985 n. 113; Cass., Sez. I, 28 marzo 1997 n. 2787).

Occorre poi rammentare, in particolare con riferimento al caso qui in esame, che è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione (rectius, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE, costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario (cfr., pressoché in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006 n. 3072, ma a partire da Corte costituzionale 21

aprile 1989 n. 232, e in sede europea da Corte di Giustizia della Comunità europea, 22 giugno 1989, C- 103/88 Fratelli Costanzo, nonché Corte di Giustizia dell'Unione europea 24 maggio 2012, C-97/11 Amia).

Qualora, pertanto, emerga contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto eurounitario, è fatto obbligo al dirigente che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma eurounitaria di riferimento), salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342)".

2.7 Dunque, una volta accertato che la concessione in esame rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, è possibile affermare che - come sancito dalla citata sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15 - il rilascio della stessa è necessariamente subordinato all'espletamento di una procedura di selezione tra potenziali candidati, che deve presentare garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità.

Pubblicato il 01/03/2021

N. 01717/2021REG.PROV.COLL.

N. 05663/2020 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5663 del 2020, proposto da Ministero delle Politiche Agricole Alimentari Forestali e del Turismo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

-OMISSIS-rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi, Giorgia Andreis, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via F. Confalonieri, 5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente il diniego di accesso;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del d.l. n. 137/2020 convertito in legge n. 176/2020;

Relatore nella camera di consiglio, tenutasi da remoto, del giorno 4 febbraio 2021 il Cons. Stefania Santoleri; quanto alla presenza degli avvocati si fa rinvio al verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Con la sentenza impugnata il TAR Lazio, Sez. Seconda Ter, ha accolto il ricorso proposto dalla società -OMISSIS- avverso il diniego di accesso, prestato dal Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, in relazione all'istanza di esibizione presentata dalla ricorrente in data 11 settembre 2019 in relazione alla “segnalazione” ricevuta dall'Ispettorato Centrale della tutela della qualità e delle repressioni frodi dei prodotti agroalimentari (ICQRF), relativa ad una irregolarità nell'etichettatura di un prodotto commercializzato dalla società ricorrente.

1.1 - A tale segnalazione aveva fatto seguito un accertamento ispettivo presso la stessa società al fine di verificare la sussistenza dei fatti ivi indicati.

All'esito degli accertamenti ispettivi l'Amministrazione aveva provveduto alla contestazione dell'illecito amministrativo poi sfociato nell'irrogazione di una sanzione pecuniaria a carico della società ricorrente.

1.2 - L'istanza che ha dato origine al presente contenzioso faceva seguito ad una precedente richiesta di accesso, formulata dalla stessa società e puntualmente accolta dall'Amministrazione, relativa agli connessi all'accertamento e alla contestazione dell'illecito amministrativo.

2. - Con la seconda istanza di accesso la società, tramite la responsabile dell'ufficio competente, ha chiesto l'esibizione della “segnalazione” volendone conoscerne il contenuto “per comprendere quali elementi fattuali e/o normativi

giustificherebbero la non conformità” e l'autore materiale, “indispensabile per conoscere la fonte che ha dato impulso agli accertamenti svolti ed il soggetto nei confronti del quale IN.AL.PI S.p.A. potrà eventualmente intraprendere le azioni più idonee alla tutela dei propri diritti ed interessi e della propria immagine”.

2.1 - L'Amministrazione ha respinto tale istanza sottolineando che l'atto in questione rientrava nei casi previsti dall'art. 2, lett. f) e m) del D.M. 5/9/1997 n. 392 (atti riguardanti l'identità delle fonti di informazione e atti e documenti attinenti ad informazioni fornite da fonti confidenziali ai privati, di organizzazioni di categorie o sindacati per la salvaguardia dell'ordine pubblico, la prevenzione e la repressione della criminalità).

Secondo il Ministero, infatti, l'attività ispettiva svolta dall'Ispettorato nel settore alimentare, sarebbe sottratta all'accesso in quanto tesa a salvaguardare l'indipendenza e l'efficacia dell'attività di indagine, nonché la riservatezza delle fonti di informazione.

Inoltre, la segnalazione non sarebbe ostensibile anche perché da essa non sarebbe evincibile alcun elemento utile di conoscenza, salvo il nominativo del denunciante.

3. - Nel ricorso di primo grado la società ricorrente aveva contestato il diniego di accesso chiedendo al TAR di accertare il suo diritto ad ottenere l'esibizione della segnalazione non sussistendo le ragioni di riservatezza richiamate dal Ministero, stante l'inapplicabilità, al caso di specie, della disposizione recata dall'art. 2, lett. f) e m) del D.M. 5/9/1997 n. 392, non venendo in rilievo “la salvaguardia dell'ordine pubblico, la prevenzione e la repressione della criminalità”.

4. - Con la sentenza impugnata, come già anticipato, il TAR ha accolto il ricorso ordinando all'Amministrazione intimata l'esibizione della segnalazione da cui ha avuto inizio il procedimento entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione o notificazione della sentenza.

5. - Avverso tale decisione il Ministero ha proposto appello chiedendone la riforma.

5.1 - Si è costituita in giudizio la società appellata che, in via preliminare, ha eccepito l'inammissibilità dell'appello sotto due diversi profili; nel merito ha controdedotto alle censure dell'appellante chiedendone il rigetto.

5.2 - Con memoria depositata il 19/1/2021, la società appellata ha insistito nelle proprie tesi difensive chiedendo il rigetto dell'impugnativa.

6. - Alla camera di consiglio del 4 febbraio 2021, tenutasi da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - L'appello è fondato e va, dunque accolto.

8. - Preliminarmente il Collegio deve esaminare le eccezioni di inammissibilità dell'appello sollevate dalla parte appellata:

- l'Amministrazione non potrebbe in sede giudiziale innovare il contenuto del proprio provvedimento, modificando le ragioni poste a sostegno del proprio diniego di accesso;

- l'atto di appello difetterebbe della necessaria specificità dei motivi di impugnazione, non essendo state svolte puntuali censure ai capi di sentenza impugnati secondo quanto dispone l'art. 101, comma 1. c.p.a., introducendo nuovi argomenti in secondo grado.

8.1 - Le eccezioni sono infondate.

Innanzitutto – come ha peraltro statuito lo stesso TAR senza che il punto sia stato contestato dall'appellata – “il giudizio in materia di accesso, quale modellato dall'art. 116 del D.Lgs. n. 104/2010, pur seguendo lo schema impugnatorio, è rivolto all'accertamento della sussistenza o meno del diritto dell'istante all'accesso medesimo e, in tal senso, è dunque un cd. giudizio sul rapporto, come evincibile dal comma 4 del citato art. 116 del D.Lgs. n. 104/2010 secondo cui il giudice, sussistendone i presupposti, "ordina l'esibizione dei documenti richiesti" (Cons. Stato Sez. VI, 30/10/2020, n. 6657), sicchè il giudice amministrativo è chiamato a svolgere un giudizio di accertamento e non di impugnazione: ne consegue che anche

argomenti non espressi nel provvedimento impugnato possono trovare ingresso all'interno del processo.

8.2 - Quanto all'omessa specificazione dei motivi di gravame, è sufficiente rilevare che l'atto di appello è stato articolato sulla base di un unico motivo di impugnazione, nel quale sono state esposte le critiche alla sentenza impugnata senza provvedere alla loro distinzione in separati paragrafi; dalla lettura dell'atto è ben possibile individuare gli specifici punti della sentenza oggetto di contestazione, e le ragioni per le quali la decisione di primo grado è stata ritenuta erronea.

Sulla base del principio di conservazione degli atti giuridici, che pacificamente si applica anche agli atti processuali (cfr. Cons. Stato Sez. IV, 05/10/2018, n. 5719), deve ritenersi, quindi, infondata l'eccezione di inammissibilità per violazione dell'art. 101, comma 1, c.p.a, sollevata dalla parte appellata.

9. - Per quanto attiene al merito della questione, il TAR ha dato atto dell'esistenza di due opposti orientamenti nella giurisprudenza amministrativa in merito al diritto di accesso agli esposti e agli di impulso che abbiano dato origine a verifiche, ispezioni o altri procedimenti di accertamento di illecito a carico di privati.

Ha quindi ricordato che:

- secondo un primo orientamento (non condiviso dal giudice di primo grado) il diniego di accesso sarebbe legittimo, in quanto non incidente sul diritto di difesa del soggetto che, a fronte dell'intervenuta notifica del verbale conclusivo dell'attività ispettiva, non avrebbe alcun interesse a conoscere il nome dell'autore dell'esposto;
- secondo l'altro orientamento (dal TAR condiviso) - al di fuori di particolari ipotesi in cui il denunciante potrebbe essere esposto, in ragioni dei rapporti con il denunciato, ad azioni discriminatorie o indebite pressioni -, il principio di trasparenza sarebbe prevalente su quello alla riservatezza e, dunque, non sussisterebbe il diritto all'anonimato dei soggetti che abbiano assunto iniziative incidenti sulla sfera di terzi, anche perché una volta che l'esposto è pervenuto alla

sfera di conoscenza della P.A., l'autore dell'atto ha perso il controllo su di esso essendo entrato nella disponibilità dell'Amministrazione.

9.1 - Nel ricorso in appello, il Ministero, dopo aver ribadito la propria tesi sulla inaccessibilità della documentazione richiesta in base alla previsione dell'art. 2, lett. f) e m) del D.M. n. 392/1997 richiamata nel decreto impugnato, ha ritenuto applicabile al caso di specie il primo orientamento giurisprudenziale, sottolineando l'esigenza di salvaguardare l'autore dell'esposto da recriminazioni o ritorsioni, ed i principi espressi dalla giurisprudenza, in relazione all'effettività dell'interesse conoscitivo sul quale si fonda l'istanza di accesso.

10. - Tale ultima prospettazione è pienamente condivisibile.

Condivisibilmente l'appellante ha rilevato che l'esposto costituisce il presupposto dal quale ha origine un'attività amministrativa che si traduce prima in verifiche ispettive, e poi in verbali di accertamento di illeciti amministrativi, a seguito dei quali vengono adottate ordinanze ovvero altri provvedimenti sanzionatori; la segnalazione, pertanto, non può costituire oggetto di accesso agli atti, in quanto non sussiste il requisito della stretta connessione e del rapporto di strumentalità tra la c.d. denuncia scaturente dalla segnalazione e l'atto finale adottato dalla pubblica amministrazione.

La segnalazione è, infatti, meramente sollecitatoria dell'esercizio della funzione amministrativa di controllo e verifica che compete alla P.A.; la conoscenza degli atti relativi a quest'ultima fase soddisfano, di norma, l'interesse conoscitivo del richiedente.

10.1 - Pertanto, anche a voler prescindere dalla riservatezza dell'autore della segnalazione (che spesso è un dipendente del soggetto sottoposto ad attività ispettiva, soggetto, quindi, a rischio di ritorsione) emerge la sostanziale carenza di interesse alla conoscenza dell'autore dell'esposto: l'identificazione dell'autore della segnalazione, infatti, non è funzionale all'esigenza difensiva della società appellata.

Risulta quindi condivisibile quanto affermato dalla giurisprudenza dei TAR (cfr. TAR Piemonte sez. II, 10/05/2012, n.537; T.A.R. Lazio sez. I, 04/02/2016, n.1657; T.A.R. Emilia-Romagna) sez. II, 17/10/2018, n.772) secondo cui allorquando l'accertamento di un illecito amministrativo sia fondato su autonomi atti di ispezione dell'Autorità amministrativa, l'esposto del privato ha il solo effetto di sollecitare il promovimento d'ufficio del procedimento, senza acquisire efficacia probatoria, con la conseguenza che in tali evenienze, di regola, per il destinatario del provvedimento finale non sussiste la necessità di conoscere gli esposti al fine di difendere i propri interessi giuridici, a meno che non siano rappresentate particolari esigenze; ciò, del resto, corrisponde al fatto che, di fronte al diritto alla riservatezza del terzo, la pretesa di conoscenza dell'esposto da parte del richiedente, se svincolata dalla preordinazione all'esercizio del diritto di difesa, acquista un obiettivo connotato ritorsivo che l'ordinamento non può tutelare.

10.2 - È opportuno ricordare, infatti, che l'art. 22, comma 1, lettera d), L. n. 241 del 1990 - definisce l'interesse legittimante all'accesso, indicandolo in "un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso"; è stato ritenuto in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato Sez. VI, 30-10-2020, n. 6657) che:

“- la necessità della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all'accesso e la situazione giuridica 'finale', nel senso che l'ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, come il tramite - in questo senso strumentale - per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica 'finale' controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio;

- tale delibazione è condotta sull'astratta pertinenza della documentazione rispetto all'oggetto della res controversa;

- le qualità dell'interesse legittimante sono pertanto circoscritte a quelle ipotesi che - sole - garantiscono la piena corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone, atteso il necessario raffronto che l'interprete deve operare, in termini di pratica sussunzione, tra la fattispecie concreta di cui la parte domanda la tutela in giudizio (o che la stessa intende far valere in sede stragiudiziale o preprocessuale) e l'astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale;
- il legislatore ha ulteriormente circoscritto l'oggetto della situazione legittimante l'accesso difensivo, esigendo che la stessa, oltre a corrispondere al contenuto dell'astratto paradigma legale, sia anche "collegata al documento al quale è chiesto l'accesso", in modo tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite;
- tale esigenza è soddisfatta, sul piano procedimentale, dall'art. 25, comma 2, L. n. 241 del 1990 -, ai sensi del quale "la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata";
- con tale previsione il legislatore vuole esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad es. scambi di corrispondenza; diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti oggetto di prova; ecc.), onde permettere all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione 'finale' controversa;

- in questa prospettiva, pertanto, va escluso che possa ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando”.

10.3 - Nel caso di specie, come ha condivisibilmente rilevato l'appellante dopo aver richiamato alcune pronunce di primo e secondo grado (cfr. Tar Veneto Venezia, n. 321/2015 e Cons. St. n. 5779/14), l'esposto presentato alla pubblica amministrazione, da cui trae origine una verifica, un'ispezione o un procedimento di accertamento di illecito, non può essere oggetto di «accesso agli atti», poiché non è dalla conoscenza del nome del denunciante che dipende la difesa del denunciato: la conoscenza dei fatti e delle allegazioni contestati risulta, infatti, già assicurata dal verbale di accertamento e, dunque, non è necessario risalire al precedente esposto.

10.4 - Nel caso di specie, “la conoscenza degli elementi fattuali e normativi che giustificerebbero la non conformità” è assicurata dalla documentazione già esibita, in quanto l'esibizione di tutti gli atti ispettivi del procedimento ha comportato la piena soddisfazione del diritto di difesa della società appellata rispetto alle contestazioni mosse dall'Amministrazione; la conoscenza dell'autore o degli autori dell'esposto non assume rilievo a fini difensivi, ma costituisce la mera soddisfazione di una curiosità, con pericolo di future ritorsioni.

10.5 - Deve convenirsi, quindi, con l'Amministrazione appellante, che il principio della totale accessibilità degli atti, ivi compresi quelli di impulso dell'attività ispettiva – a prescindere dalla effettiva e concreta necessità di conoscenza a fini difensivi – potrebbe avere un impatto negativo sull'attività di controllo, diretto ad assicurare il commercio e la vendita ai consumatori di prodotti alimentari conformi alle norme, a tutela del bene “salute” costituzionalmente tutelato dall'art. 32 della Costituzione.

10.6 - Ne consegue che l'accesso a tale genere di segnalazioni può ritenersi ammissibile solo in casi particolari, in cui emerga chiaramente la strumentalità della

conoscenza di tali atti per la difesa dell'interessato, situazione che non ricorre nel caso di specie.

11. – In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

12. – Tenuto conto della non univocità della giurisprudenza sussistono i presupposti per disporre la compensazione delle spese relative al doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità dell'appellata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio, tenutasi da remoto, del giorno 4 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.



Consiglio di Stato

IL PRESIDENTE

VISTO l'art. 99, comma 2, del codice del processo amministrativo, secondo cui, prima della decisione, il Presidente del Consiglio di Stato, anche d'ufficio, possa deferire all'Adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali.;

VISTA la legge 27 aprile 1982, n. 186 e, in particolare, l'art. 1, comma 5, come modificato dall'art. 54 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133;

VISTA la nota del Segretario generale della Giustizia amministrativa in data 26 aprile 2021;

VISTO il parere reso dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa in data 15 maggio 2021;

VISTO l'appello allibrato, presso la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con il numero di r.g. 1975/2021, proposto dal Comune di Lecce, avverso il signor Andrea Caretto e l'Associazione federazione imprese demaniali, per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sez. I, n. 73/2021;

VISTO l'appello, pendente presso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, iscritto con il r.g. n. 311/2021, proposto dalla Comet s.r.l., nei confronti della Autorità di sistema portuale dello Stretto e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per la riforma della sentenza del T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, sez. III, n. 504/2021, la cui udienza di discussione è stata fissata per il 15 dicembre 2021;

CONSIDERATO che entrambi i ricorsi sunnominato vertono, anche, sulla questione della proroga legislativa delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative;

CONSIDERATO che, in particolare, l'oggetto dei predetti ricorsi concerne anche il tema dell'applicazione dell'art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145 del 2018, che ha prorogato *ex lege*, fino al 31 dicembre 2033, le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per uso turistico-ricreativo;

CONSIDERATO che viene in rilievo anche l'art. dall'art. 182, comma 2, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, come modificato dalla legge di conversione 17 luglio 2020, n. 77;

CONSIDERATO che la questione, di notevole impatto sistemico, afferisce al rapporto tra il diritto nazionale e il diritto unionale, con specifico riguardo al potere di disapplicazione delle norme interne, ritenute contrastanti con quelle sovranazionali, da parte del giudice amministrativo;

CONSIDERATO, pertanto, che la questione in parola 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;

RITENUTO, quindi, che la questione relativa alla doverosità, o no, della disapplicazione, da parte dello Stato in tutte le sue articolazioni, delle leggi statali o regionali che prevedano proroghe automatiche e generalizzate delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative configuri «una questione di massima di particolare importanza»;

RITENUTO che sussistano i presupposti per un deferimento d'ufficio dell'affare all'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.a.;

RITENUTO che le questioni da rimettere all'Adunanza plenaria siano le seguenti, fatta salva ogni differente decisione o riformulazione o precisazione da parte della medesima Adunanza:

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;

P.Q.M.

il deferimento alla Adunanza plenaria, all'udienza del 13 ottobre 2021, ore 10:00, sui quesiti indicati nella suesposta motivazione, dei seguenti affari:

- 1) l'appello, pendente presso la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con il numero di r.g. 1975/2021, proposto dal Comune di Lecce, avverso il signor Andrea Caretto e l'Associazione federazione imprese demaniali, per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sez. I, n. 73/2021;

e, nella composizione prevista dell'art. 10 del d.lgs. n. 373/2003,

- 2) l'appello, pendente presso il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, iscritto con il r.g. n. 311/2021, proposto dalla Comet s.r.l., nei confronti della Autorità di sistema portuale dello Stretto e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, per la riforma della sentenza del T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, sez. III, n. 504/2021.

Con successivo provvedimento sarà designato il Consigliere relatore.

Manda la Segreteria per gli adempimenti consequenziali.

Roma, 24 MAG. 2021

Filippo Patroni Griffi


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

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 14 aprile 2021

NUMERO AFFARE 00792/2020

OGGETTO:

Ministero dell'interno-Dipartimento per gli affari interni e territoriali

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto da Marta De Oliveira, contro Comune di Salgareda, Agenzia Regionale per la Prevenzione e Protezione ambientale del Veneto (Arpav), e nei confronti di Sana Aissat, Monouar Driss, avverso l'ordinanza sindacale di limitazione orario di esercizio del bar Vigonovo "Da Giangi".;

LA SEZIONE

Vista la relazione n. 0008298 dell'1 luglio 2020 con la quale il Ministero dell'interno-Dipartimento per gli affari interni e territoriali ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Fabrizio Cafaggi;

Premesso:

Riferisce l'Amministrazione che, in data 19 ottobre 2018 ed in data 16 novembre 2018, a seguito delle lamentele dei cittadini residenti sopra il bar Vigonovo "da

Giangi", sito in viale Veneto n. 20, a Salgareda, della ditta De Oliveira Marta, l'Arpav ha effettuato dei controlli fonometrici all'interno delle abitazioni sovrastanti il predetto bar, i cui residenti già dal 2014 hanno lamentato il disturbo alla quiete ed al riposo notturno.

Con i relativi verbali n. 24/10/MI/TS del 4 dicembre 2018 e n. 3A del 7 gennaio 2019 ed al rapporto di prova n. 066/2018 del 7 gennaio 2019, sono state contestate al bar Vigonovo "da Giangi" emissioni di livello differenziale di immissione di cui all'art. 4 del DPCM 14 novembre 1997.

Pertanto, in data 9 gennaio 2019, il Comune invitava la ricorrente ad adottare alcuni accorgimenti allo scopo di mantenere i livelli di rumore entro i parametri indicati dal DPCM 14 novembre 1997, al fine di diminuirne l'emissione.

Con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica vengono impugnati:

- ordinanza sindacale n. 11 del 06/03/2019, notificata il 07/03/2019, avente ad oggetto "limitazione orario di esercizio locale Bar Vigonovo Da Giangi" e altre prescrizioni;

- tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, tra cui: il parere dell'Arpav n. 289 del 09/01/2019; il verbale dell'A.R.P.A.V. n. 3a del 07/01/2019 di accertamento e contestazione di violazione amministrativa; il verbale dell'Arpav di ispezione e sopralluogo n. 24/10/MI/TS del 04/12/2018; il rapporto di prova (Arpav) n. 066/2018 del 07/01/2019.

La ricorrente ritiene che i provvedimenti impugnati siano illegittimi per i seguenti motivi di diritto:

- Violazione di lese (art. 31 e ss d.l. n. 201/2011; artt. 50 e 54 del d.lgs 267/2000; art. 9 della l. n. 447/1995). Violazione dell'art. 3 e 7 della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, carenza di motivazione, errore, sviamento di potere. Incompetenza;

- Violazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 50 del regolamento comunale di polizia urbana;
- Violazione e falsa applicazione del D.P.C.M. 1/03/1991 e del D.P.C.M 14/11/97, in tema di inquinamento acustico; eccesso di potere per illogicità contraddittorietà, carenza di motivazione, errore, sviamento di potere;
- Violazione del D.M. 16 marzo 1998 sulle tecniche di rilevamento e di misurazione dell'inquinamento acustico e dell'art. 3, n. 1, lett c) della legge 447 del 1995. Difetto di istruttoria;
- Eccesso di potere per difetto di presupposto, carenza di istruttoria, illogicità e difetto di motivazione.

L'amministrazione esprime l'avviso che il ricorso debba essere respinto.

Considerato:

1. Può prescindersi dall'eccezione di inammissibilità del ricorso riguardante la dedotta nullità della procura in quanto il gravame è infondato nel merito.
2. La ricorrente deduce innanzi tutto – sotto un primo profilo - che, a fronte dell'art. 31 e ss. d.l. n. 210/2011 che ha introdotto il principio della liberalizzazione degli orari di apertura e chiusura degli esercizi commerciali e di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, l'ordinamento consente al Sindaco di intervenire eventualmente o tramite l'esercizio del potere ordinario ovvero mediante l'esercizio del potere *extra ordinem*.

Nel caso di specie, l'ordinanza del Comune – sempre secondo la ricorrente - pare essere stata adottata in applicazione d'art. 50, commi 7 e 1-bis. del d.lgs. 18/08/2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). Essa però sarebbe illegittima perché non si tratta di aree della città interessata da afflusso particolarmente rilevante di persone, né di area comunque interessata da fenomeni di aggregazione notturna, né il Comune ha comunque concretamente motivato il provvedimento con riferimento all'esistenza di una di dette circostanze, essendosi

limitato, genericamente, a motivare la limitazione di orario per un asserito disturbo della quiete pubblica; inoltre la limitazione d'orario è stata disposta *sine die*; infine non è stata garantita alcuna partecipazione procedimentale.

2.1 Al riguardo il Collegio premette che, secondo un consolidato orientamento, la qualificazione dell'atto amministrativo dev'essere operata sulla base del suo effettivo contenuto e degli effetti concretamente prodotti (Cons. Stato, sez. III, 15 giugno 2015, n. 2956; Cons. St., sez. IV, 15 aprile 2013, n.2027).

Orbene, in coerenza con il criterio interpretativo appena riportato, a sua volta espressivo del principio generale della prevalenza della sostanza sulla forma degli atti giuridici, ritiene che, nel caso di specie, come del resto prospetta la stessa ricorrente, il Comune abbia esercitato i poteri conferiti dall'art. 9 della l. n. 447/1995 (Legge quadro sull'inquinamento acustico).

3. Con il secondo profilo del primo motivo la ricorrente deduce, appunto, che l'ordinanza si porrebbe comunque anche al di fuori dei limiti normativamente previsti per l'esercizio del potere *extra ordinem* ex art. 54, commi 4 e 6, d. lgs. n. 267/2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e art. 9 della legge n. 447/1995 (Legge quadro sull'inquinamento acustico) in quanto tali poteri possono essere esercitati solo per affrontare situazioni di carattere eccezionale e imprevisto, costituenti concreta minaccia per la pubblica incolumità, per le quali non sia possibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico e unicamente in presenza di un preventivo accertamento della situazione, fondato su prove concrete e non su mere presunzioni.

A suo avviso tali condizioni non sussistono nel caso in esame perché non era ravvisabile alcun pericolo irreparabile ed imminente per la collettività.

Inoltre la situazione era, da un lato, prevedibile, essendo il Comune ben a conoscenza che saltuariamente venivano organizzati piccoli intrattenimenti musicali e, dall'altro lato, comunque fronteggiabile con le misure ordinarie in base alle

indicazioni date dall' Arpav. Peraltro, l'ordine contenuto nel provvedimento difetterebbe dei requisiti della temporaneità.

3.1 In merito si ribadisce come, nel caso di specie, il sindaco ha dato sostanzialmente applicazione alla legge 26 ottobre 1995, n. 447 (Legge quadro sull'inquinamento acustico) che, all'art. 9 (Ordinanze contingibili ed urgenti), prevede che *“Qualora sia richiesto da eccezionali ed urgenti necessità di tutela della salute pubblica o dell'ambiente il sindaco, [...], con provvedimento motivato, [possa] ordinare il ricorso temporaneo a speciali forme di contenimento o di abbattimento delle emissioni sonore, inclusa l'inibitoria parziale o totale di determinate attività. [...]”*.

E' noto come tale legge quadro ha ridefinito il concetto di inquinamento acustico rispetto alla nozione individuata dal precedente d.p.c.m. del 1991. Infatti il legislatore ha voluto estendere la tutela a tutto l'ambiente esterno ed ha dato rilevanza, inoltre, per la prima volta, al disturbo arrecato al riposo e alle attività umane.

In sostanza è stato valutato ogni possibile effetto negativo del rumore, inteso come fenomeno "inquinante", tale cioè, da avere effetti negativi sull'ambiente, alterandone l'equilibrio ed incidendo non soltanto sulle persone, sulla loro salute e sulle loro condizioni di vita, facendo la norma riferimento anche agli ecosistemi, ai beni materiali ed ai monumenti (Cass. pen. Sez. III, n. 56430/2017).

Per quanto può rilevare nel caso in esame, il concetto di inquinamento acustico è stato qualificato come *"l'introduzione di rumore nell'ambiente abitativo o nell'ambiente esterno tale da provocare fastidio o disturbo al riposo ed alle attività umane"*, sancendo espressamente che esso concreta (in ogni caso) *"un pericolo per la salute umana"* (art. 2, comma 1, lettera a).

Ciò premesso, le censure sopra dette non possono essere accolte.

Il Collegio, difatti, condivide l'orientamento della prevalente giurisprudenza dei giudici amministrativi secondo cui:

- la quiete pubblica - intesa come limite di compatibilità delle emissioni sonore, prodotte da una fonte determinata, con uno specifico ambito territoriale, in relazioni alle caratteristiche di questo, secondo un criterio di media tollerabilità - costituisce un bene collettivo, il quale si va facendo viepiù scarso, rispetto al passato, anche nelle ore notturne: e poiché questo è il periodo della giornata che la massima parte della popolazione dedica al riposo, è evidente che, con l'incremento dei rumori sono aumentati disagi fisici e psicologici che, non di rado, sfociano in malattie vere e proprie. La quiete costituisce, dunque, una condizione necessaria affinché sia garantita la salute, che deve essere tutelata "*come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività*" (art. 32 Cost.) dagli enti pubblici competenti, tra cui certamente i Comuni: e se questi ne hanno il dovere, i cittadini hanno a loro volta un interesse, variamente azionabile, a che le Amministrazioni reprimano quei comportamenti che pregiudicano la quiete pubblica e, per la conseguenza, la salute di un numero indeterminato di persone. Il diritto alla quiete, come espressione del diritto alla salute psicofisica, prevale certamente sugli interessi economici di quanti costituiscano la causa diretta od indiretta del disturbo, svolgendo un'attività economica di cui essi soli percepiscono i proventi, riversandone viceversa sulla collettività circostante i pregiudizi (TAR Veneto-Venezia, n. 1582/2007);

- in questo contesto la disposizione di cui all'art. 9 della L. n. 447 del 1995 non può essere riduttivamente intesa come una mera (e, quindi, pleonastica) riproduzione, nell'ambito della normativa di settore in tema di tutela dall'inquinamento acustico, del generale potere di ordinanza contingibile ed urgente tradizionalmente riconosciuto dal nostro ordinamento giuridico al sindaco (quale ufficiale di Governo) in materia di sanità ed igiene pubblica, ma invece la stessa deve essere logicamente e sistematicamente interpretata nel particolare significato che assume all'interno di una normativa dettata - in attuazione, come detto, del principio di tutela della salute dei cittadini previsto dall'art. 32 della Costituzione - allo scopo primario

di realizzare un efficace contrasto al fenomeno dell'inquinamento acustico (*ex multis*: TAR Lombardia-Brescia n. 1276/2011);

- conseguentemente l'utilizzo del particolare potere di ordinanza contingibile ed urgente delineato dall'art. 9 della legge n. 447/1995, deve ritenersi ("normalmente") consentito allorquando gli appositi accertamenti tecnici effettuati dalle competenti agenzie regionali di protezione ambientale rivelino la presenza di un fenomeno di inquinamento acustico, tenuto conto sia che quest'ultimo - ontologicamente (per esplicita previsione dell'art. 2 della stessa legge n. 447/1995) - rappresenta una minaccia per la salute pubblica, sia che la legge quadro sull'inquinamento acustico non configura alcun potere di intervento amministrativo "ordinario" che consenta di ottenere il risultato dell'immediato abbattimento delle emissioni sonore inquinanti (*ex multis*: TAR Lombardia-Brescia n. 1276/2011);

- tale orientamento è stato confermato da questo Consiglio di Stato che ha ritenuto che il potere di cui all'art. 9 della L. n. 447/1995 non va riduttivamente ricondotto al generale potere di ordinanza contingibile ed urgente in materia di sanità ed igiene pubblica, dovendo piuttosto essere qualificato quale ordinario rimedio in tema di inquinamento acustico; ciò perché, in assenza di altri strumenti a disposizione delle amministrazioni comunali, la presenza di una accertata situazione di inquinamento acustico rappresenta di per sé una minaccia per la salute pubblica (Cons. Stato, sez. V, n. 1372/2013);

- mentre quella riconosciuta dal codice civile al privato interessato di adire l'Autorità giudiziaria ordinaria per far cessare le immissioni dannose che eccedano la normale tollerabilità è una mera facoltà, il potere del Sindaco di emanare l'ordinanza ex art. 9 della L. n. 447/1995 è un dovere connesso all'esercizio delle sue pubbliche funzioni, al quale non può sottrarsi (anche se è leso un solo soggetto) spogliandosi del potere, di valore pubblicistico, di reprimere l'inquinamento acustico e attribuendolo al privato, cui il codice civile riconosce la facoltà di esercitare il diritto a non subire le

emissioni dannose e non il dovere, se eccedenti i valori massimi consentiti. Le facoltà concesse al privato dall'art. 844 del c.c. e i doveri della P.A. previsti dalla normativa in materia di attività produttive, là dove fissa le modalità di rilevamento dei rumori ed i limiti massimi di tollerabilità, hanno finalità e campi di applicazione distinti, atteso che la norma civilistica tutela il diritto di proprietà ed è finalizzata a disciplinare i rapporti di natura patrimoniale tra i privati proprietari di fondi vicini, mentre l'altra normativa ha carattere pubblicistico, dal momento che persegue finalità di interesse pubblico ed è volta a regolare i rapporti tra i privati e la P.A. (Cons. Stato, sez. V, n. 1372/2013);

- in siffatto contesto normativo, l'accertata presenza di un fenomeno di inquinamento acustico (pur se non coinvolgente l'intera collettività) appare sufficiente a concretare l'eccezionale ed urgente necessità di intervenire a tutela della salute pubblica con l'efficace strumento previsto (soltanto) dall'art. 9, primo comma, della citata legge n. 447/1995;

- per quanto concerne il presupposto dell'urgenza, è necessaria e sufficiente la sussistenza e l'attualità del pericolo, non rilevando che la situazione fosse nota da tempo (TAR Liguria-Genova n. 222/2021) come asserisce la ricorrente; in sostanza la preesistenza di una situazione di urgenza non esclude l'attualità del pericolo. Ciò che rileva è l'effettiva esistenza di una situazione di pericolo imminente al momento di adozione dell'ordinanza;

- se è vero è che l'istituto dell'ordinanza contingibile e urgente non può essere impiegato per conferire un assetto stabile e definitivo agli interessi coinvolti, questo non significa che i provvedimenti contingibili debbano considerarsi automaticamente illegittimi solo perché sprovvisti di un termine finale di durata o di efficacia. Sicché anche misure non definite nel loro limite temporale possono essere reputate legittime, quando, come nel caso di specie, siano razionalmente collegate

alla concreta situazione di pericolo accertata rapportata alla situazione di fatto (Cons. Stato, sez. V, n. 1372/2013);

- l'ordinanza contingibile e urgente ex art. 9 della legge n. 447/1995 è connotata in *re ipsa* dall'urgenza qualificata che, ai sensi del comma 1 dell'art. 7 della legge n. 241/1990, consente all'Amministrazione di derogare agli adempimenti partecipativi del procedimento (TAR Liguria-Genova n. 222/2021).

4. Con il secondo motivo viene dedotto che l'ordinanza, nella parte in cui pone le limitazioni d'orario, sarebbe in ogni caso illegittima anche per violazione del principio di proporzionalità e adeguatezza che si sostanzia nella regola per cui deve sussistere sempre una proporzionalità tra l'azione amministrativa e l'interesse pubblico concretamente perseguito e implica che l'Amministrazione debba adottare la soluzione più idonea ed adeguata e comportante, allo stesso tempo, il minore sacrificio possibile per gli interessi privati.

4.1 Al riguardo è necessario specificare che nel caso del locale della ricorrente le aree comprendevano sia spazi al chiuso che spazi all'aperto. Tale circostanza fattuale determina una valutazione di proporzionalità differenziata in ragione della natura delle misure di prevenzione che devono adottarsi per la riduzione delle emissioni sonore e la conseguente diminuzione del disturbo alla quiete ed alla tranquillità. Infatti, mentre in relazione agli spazi interni, il criterio di proporzionalità richiede di esplorare prima misure tecniche di insonorizzazione e, solo come ultima ratio, quella della anticipazione dell'orario di chiusura, per gli spazi esterni la difficoltà di impiegare strumenti tecnici di riduzione delle emissioni può richiedere l'adozione di provvedimenti più radicali come quello dell'anticipazione dell'orario di chiusura.

Al fine di valutare la proporzionalità della misura oggetto del provvedimento impugnato è necessario esaminare non solo la relazione tra contenuto ed effetti della misura ma anche l'ambito dei doveri spettanti all'esercente l'attività di somministrazione di alimenti e bevande e di intrattenimento. Solo tale analisi

consente di accertare se la misura impugnata abbia rispettato il canone della proporzionalità.

All'esercente attività di somministrazione ed intrattenimento spetta la predisposizione di locali e di spazi che minimizzino il disturbo alla quiete, riducendo le emissioni sonore, prevenendo schiamazzi e litigi che possano arrecare disturbo agli abitanti della zona circostante, come precisato dalla giurisprudenza amministrativa e, in relazione al reato di cui all'art. 659 c.p. (Disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone) da quella penale.

Secondo la Cassazione penale *“Risponde del reato di disturbo delle occupazioni e del riposo delle persone il gestore di un pubblico esercizio che non impedisca i continui schiamazzi provocati dagli avventori in sosta davanti al locale anche nelle ore notturne; la qualità di titolare della gestione dell'esercizio pubblico comporta l'assunzione dell'obbligo giuridico di controllare, con possibile ricorso ai vari mezzi offerti dall'ordinamento come l'attuazione dello ius excludendi e il ricorso all'autorità di pubblica sicurezza, che la frequenza del locale da parte degli utenti non sfoci in condotte contrastanti con le norme poste a tutela dell'ordine e della tranquillità pubblica”* (Cassazione penale sez. III, 21/03/2018, n.19690; nello stesso senso Id. 11/11/2020, n.1717).

Il reato in questione – afferma la Corte – è, infatti, un reato di pericolo concreto, nel senso che, sebbene non sia necessaria ai fini della integrazione della fattispecie penale la concreta lesione del bene protetto dalla norma incriminatrice – da individuarsi nel diritto alla quiete nelle proprie occupazioni ed al riposo di una pluralità tendenzialmente ampia ed indeterminata di soggetti e non solo del singolo e ristretto gruppo di individui che per avventura si trovino a soggiornare nei pressi del luogo dal quale originano gli schiamazzi, i rumori o le emissioni sonore – è, tuttavia, necessario che siffatta idoneità potenziale alla lesione di una indeterminata pluralità di persone si presenti e sia dimostrata in termini di concreta sussistenza (per questo, appunto, si parla di reato di pericolo concreto e non astratto). La dimostrazione della

concreta idoneità potenziale alla lesione di una indeterminata pluralità di persone – precisano i giudici penali – oltre a poter essere data attraverso misurazioni strumentali che, per la loro obbiettiva pregnanza, potranno essere di per sé indicative della idoneità della fonte sonora a diffondersi in termini di intollerabilità, presso un numero imprecisato di soggetti, potrà essere offerta attraverso la analisi di diversi dati fattuali, quali la ubicazione della fonte sonora, in particolare con riferimento al fatto se la stessa si trovi in un luogo isolato ovvero densamente abitato; l'esistenza o meno di un rilevante rumore di fondo che elida in misura più o meno significativa l'idoneità a diffondere i suoi effetti propria della fonte sonora oggetto della ipotesi accusatoria; il fatto che si tratti di una emissione costante ovvero ripetuta, nel qual caso se siffatta ripetizione è soggetta a periodi costanti, più o meno brevi, ovvero se sia occasionale e sporadica.

Nel caso di specie, ovviamente, non viene in considerazione la rilevanza penale della condotta del ricorrente ma il richiamo alla giurisprudenza penale è utile per definire l'ambito dei doveri spettanti all'esercente attività commerciale alla luce dei quali va effettuata la valutazione di proporzionalità. A tal fine rilevano la natura preventiva e non sanzionatoria della misura e la conseguente irrilevanza dello stato soggettivo dell'esercente.

E' evidente, dunque, che la chiusura anticipata sarebbe sproporzionata se, specie in relazione agli spazi esterni, alcun dovere di vigilanza e controllo spettasse all'esercente ma così non è, come confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa.

La modifica dell'orario di apertura e chiusura di singoli esercizi costituisce “*misura adeguata a rimuovere l'occasione dei rumorosi assembramenti o delle altre condotte moleste per la quiete pubblica, non rilevando, a tali fini, che il disturbo sia addebitabile agli avventori del locale e non al gestore dello stesso, in quanto simili provvedimenti non hanno natura sanzionatoria e prescindono dalla responsabilità soggettiva dell'esercente, sicché ciò che conta è l'oggettiva ascrivibilità*”

della situazione di grave turbamento del vivere civile all'espletamento dell'attività colpita con l'ordine di variazione dell'orario di durata, nell'assunto che il diritto alla quiete, quale espressione del diritto alla salute psicofisica, prevale sugli interessi economici di quanti costituiscono la causa diretta o indiretta dell'intollerabile situazione di disagio per la collettività, mentre le esigenze di socializzazione e aggregazione vanno soddisfatte in luoghi e orari che non interferiscano con le altrui necessità di riposo e tranquillità' (T.A.R. Parma, Emilia-Romagna, sez. I, 26/03/2019, n.73).

Orbene, il provvedimento sindacale impugnato non ha violato il principio di proporzionalità, considerando : che il dovere di vigilanza dell'esercente attività di somministrazione riguarda sia gli spazi interni che quelli esterni; che gli episodi di disturbo si erano verificati ripetutamente; che idonee misure di prevenzione non erano state adottate; che l'esito del sopralluogo Arpav aveva accertato il superamento del livello ammesso di emissioni sonore.

Al riguardo è appena il caso di notare che l'attività di bar, nel corso degli anni, aveva più volte causato interventi da parte dei Carabinieri e, in particolare: 21/03/2014, ore 01:35(CC. Conegliano); 20/03/2015, ore 02:10 (Tenenza CC. Oderzo); 15/05/2016, ore 01:25 + ore 01:50 (Staz. CC. Motta di Livenza); 01/11/2017, ore 01:55 (Staz. CC. San Polo di Piave); 03/05/2018, ore 01:50 (Staz CC. Cessalto); 08/09/2018, ore 02:35 (Staz. CC. Cessalto); 18/01/2019, ore 00:25;(Staz. CC. Cessalto); 27/01/2019, ore 01:05 (Staz. CC. Cessalto); 25/02/2019, ore 00:25 (Staz. CC. San Polo di Piave); 01/06/2019, ore 23:07(Staz. CC. San Polo di Piave).

5. Con il terzo motivo la ricorrente deduce che l'ordinanza sindacale, così come gli accertamenti dell'Arpav, poggiano su un asserito superamento dei soli limiti di rumore cd. differenziali prescritti dall'art. 4 del d.p.c.m. 14/11/97 e non di quelli c.d. assoluti. Sennonché tali limiti non sarebbero attualmente applicabili nel Comune di Salgareda, e quindi alcuna violazione sarebbe contestabile, perché non consta che

tale Comune sia dotato di piano di zonizzazione acustica definitivamente approvato ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a), della legge n. 447 del 1995.

5.1 In merito il Collegio ritiene di aderire all'orientamento della Corte di Cassazione – condiviso dalla prevalente giurisprudenza del giudice amministrativo – secondo cui *“In tema di sanzioni amministrative, il superamento dei valori limite differenziali di immissione di rumore nell'esercizio o nell'impiego di sorgente di emissioni sonore, di cui all'art. 6, comma 2, della legge 26 ottobre 1995, n. 447 - volti a proteggere la salute pubblica e da rilevarsi ai sensi dell'Allegato B al d.m. 16 marzo 1998 sia a finestre aperte sia a finestre chiuse, al fine di individuare la situazione più gravosa - costituisce illecito amministrativo ex art. 10, comma 2, della stessa legge, n. 447 del 1995, anche se si verifici nel territorio di un Comune che non abbia adottato il piano di zonizzazione acustica, poiché la legge citata - dopo aver attribuito ai Comuni tale compito, in forza del combinato disposto degli artt. 6, comma 1, lett. a), e 4, comma 1, lett. a) - non prefigura, nel disciplinare all'art. 15 il regime transitorio, alcun differimento nell'utilizzo del criterio differenziale in attesa del piano di zonizzazione. Né a diversa conclusione può indurre l'art. 8 del d.p.c.m. 14 novembre 1997, siccome questo, prevedendo che, fino all'adozione dei precisati piani di zonizzazione, "si applicano i limiti di cui all'art. 6, comma 1, del d.p.c.m. 1 marzo 1991", relativo ai limiti assoluti di zona, non compie alcun riferimento ai limiti differenziali, giacché diversamente opinando si attribuirebbe al d.p.c.m. del 1997, che ha natura regolamentare, una portata derogatoria delle previsioni contenute nella legge quadro del 1995, in difetto di una base legale e in contrasto con la tutela costituzionale del diritto alla salute”*. (Cassazione Civile, sez. II, 22/12/2011, n. 28386).

In ogni caso il Comune ha adottato il Piano di classificazione acustica del proprio territorio comunale in data 27/12/2013.

6. La ricorrente deduce poi che l'accertamento condotto dall'Arpav e così l'ordinanza comunale risulterebbero viziati in quanto la normativa in tema di inquinamento acustico risulta essere stata violata, quanto all'applicazione del cd. criterio differenziale.

In particolare le verifiche sarebbero erranee perché sono state fatte solo a finestre chiuse, di talché non è stata verificata la seconda condizione, ossia se il rumore ambientale fosse comunque trascurabile (a finestre aperte) perché rientrante nella soglia prevista dalla norma.

6.1 In merito appaiono condivisibili le considerazioni del Ministero dell'ambiente e dell'Arpav.

In particolare l'Agenzia deduce che, con riferimento al comma 2 dell'art. 4 dei DPCM 14 novembre 1997, (Determinazione dei valori limite delle sorgenti sonore) detto comma prevede i casi nei quali non si applicano i valori limite differenziali di immissione previsti al comma 1 dello stesso articolo: *«Le disposizioni di cui al comma precedente non si applicano nei seguenti casi, in quanto ogni effetto del rumore è da ritenersi trascurabile: a) se il rumore misurato a finestre aperte sia inferiore a 50 dB(A) durante il periodo diurno e 40 dB(A) durante il periodo notturno; (...) se il livello del rumore ambientale misurato a finestre chiuse sia inferiore a 35 dB(A) durante il periodo diurno e 25 dB(A) durante il periodo notturno».*

Ebbene, con il rapporto di prova n. 066/2018 del 07/01/2019 si evidenziava la violazione del caso b) del citato comma 2, con un superamento in orario notturno della soglia prevista a finestre chiuse di 25 dB(A). Pertanto, l'effetto del rumore non poteva più ritenersi trascurabile, e l'eventuale rispetto della soglia prevista dalla fattispecie a) del comma 2 dello stesso art. 4 non poteva certamente eludere l'accertato superamento nella condizione a finestre chiuse. Si afferma nel rapporto che nella condizione a finestre chiuse il giorno 20/10/2018 è stato rilevato un livello di rumore ambientale pari a 39,7 dB(A) ed il giorno 16/11/2018 un livello di 40,8 dB(A), entrambi valori superiori anche alla soglia di 35 dB(A) prevista per la condizione a finestre aperte.

Pertanto la misurazione a finestre chiuse rendeva non necessaria quella a finestre aperte come rilevato dal Ministero dell'ambiente, che sottolinea nella nota citata, in

ottemperanza alla circolare del 06/09/2004, l'applicabilità del criterio differenziale ex art. 4 DPCM 14/11/1997. In forza di tale criterio il livello di emissione deve essere verificato sia a finestre chiuse sia a finestre aperte e, quindi, anche il superamento di uno solo dei predetti vincoli comporta l'applicabilità del suddetto criterio.

7. La ricorrente, inoltre, deduce che risulterebbero violate anche le metodologie di misure sancite dal decreto ministeriale 16 marzo 1998 recante "*tecniche di rilevamento e di misurazione dell'inquinamento acustico*".

7.1 Anche tale doglianza è infondata.

In merito il Collegio – nei limiti in cui è consentito il sindacato in questa sede – non può che prendere atto di quanto esposto dall'Arpav che appare immune da palesi illogicità e contraddittorietà.

Secondo l'Agenzia, difatti: "*La norma non impone un rilievo del rumore residuo contestuale al rilievo del rumore ambientale, che è ovviamente impraticabile, né impone una misura temporalmente ravvicinata; impone solo di utilizzare identiche modalità operative e di escludere eventi sonori atipici.*

Nel caso specifico le misure sono state eseguite entrambe di venerdì sera; il rumore residuo è stato commisurato nelle stesse posizioni e nelle stesse condizioni del rumore ambientale e con la stessa strumentazione annotando gli eventuali eventi sonori atipici nel rispetto di quanto specificato dalla norma. Nella sessione di misura effettuata dai tecnici ARPAV del 16-17/11/2018 il rilievo del rumore ambientale e residuo è stato eseguito in sequenza immediatamente prima e dopo la chiusura del locale, pertanto rispondendo anche richiesto dal ricorrente di una misura "ravvicinata". Con riferimento al punto 1 dell'allegato B) al dm 16/3/98 risulta palese che se ne sia stata data completa e puntuale applicazione, in quanto prima e durante le misure sono state acquisite tutte le informazioni necessarie ad una corretta valutazione quali, a titolo esemplificativo, le informazioni fornite dal Comune di Salgareda; la comunicazione al Comune di Salgareda da parte della Stazione dei carabinieri di Ponte di Piave numero 32/2-0 2015 datata 26/3/15[...]; le

informazioni fornite dall'esponente durante il sopralluogo compiuto dai tecnici ARPAV in data 19/10/2018 di cui al Verbale numero 18/18/IM [...]; la verifica dell'assenza di altre fonti di disturbo oltre all'attività bar Vigonovo "Da Giangi" sia durante il sopralluogo preventivo sia con una verifica all'esterno dell'abitazione, nei dintorni, durante le fasi di misura; l'attenta e costante presenza degli operatori durante le misure al fine di accertare la provenienza dei disturbi e, da ultimo, mediante il sopralluogo nel locale stesso.

L'esito delle valutazioni e delle osservazioni dirette sulle fonti di rumore presenti durante la sessione di misura sono state annotate a pag. 5 del impugnato Rdp ARPAV numero 066/2018, indicando in particolare "...la musica ed il vociare degli avventori del locale erano ben distinguibili all'interno di tutto l'appartamento dell'esponente".

Sono stati inoltre riportati integralmente i tracciati delle misurazioni tecniche effettuate, dai quali si può osservare, sia nel grafico 2 che nel grafico 4, una consistente diminuzione del livello sonoro misurato immediatamente dopo la chiusura del locale "Residuo 1" e "Residuo 2".

Inoltre "Avendo constatato che le uniche sorgenti di rumore presenti erano il traffico veicolare e l'attività del bar Vigonovo "Da Giangi", i tecnici hanno adottato tutti gli accorgimenti possibili per discriminare i rumori prodotti dalle attività del bar, ovvero:

- l'effettuazione della misura nella condizione a finestre chiuse che favorisce la verifica dei rumori trasmessi all'interno dell'edificio;*
- l'adozione di tempi di misura lunghi, che permettono di avere uguali contributi dovuti al traffico stradale;*
- l'effettuazione della misurazione in una stanza sul lato dell'abitazione opposto rispetto alla strada dove l'influsso del traffico veicolare è molto minore.*

Il risultato di tali scelte, come evidenziato dai grafici riportati nel Rapporto di prova, è stato un non significativo contributo della componente dovuta al traffico veicolare nella misura del rumore ambientale. Inoltre, come osservato direttamente dai tecnici intervenuti nelle misure "...il traffico stradale di Viale Veneto, durante le sessioni di misura, si è mantenuto sempre regolare" apportando

un ugual contributo sia al rumore ambientale che ha quello residuo e rendendo quindi non necessario distinguere le due componenti.”

Infine secondo l'Arpa *“l'allegato B del DM 16 marzo 1998, riporta puntuali indicazioni sulle modalità operative di esecuzione delle misure e dell'analisi dei dati mentre nell'allegato D definisce le informazioni da inserire nei rapporti di prova.”*

8. Con il quinto e ultimo motivo di ricorso il ricorrente lamenta come l'ordinanza sarebbe illegittima nella parte in cui prescrive il controllo degli avventori del locale (al fine di contenere il rumore) e la "rimozione di carte, bottiglie e lattine e quanto rende indecoroso l'aspetto esterno del locale e delle sue immediate vicinanze".

8.1 Anche tale motivo è infondato.

Come argomentato in relazione al secondo motivo di ricorso, spetta all'esercente attività di somministrazione di alimenti e bevande un dovere di vigilare sul comportamento di clienti ed avventori al fine di assicurare il rispetto delle norme di igiene e decoro e quelle relative al rispetto delle emissioni acustiche.

Tale dovere si concretizza nell'obbligo dell'adozione di misure di prevenzione strutturali e comportamentali, restando affidata ai tutori dell'ordine ed all'ente locale competente il potere/dovere di sanzionare tali condotte.

La mancata adozione di misure di prevenzione ha causato il ripetersi e protrarsi delle emissioni, producendo disturbo della quiete e violazione del decoro rendendo necessaria e legittima l'emanazione dell'ordinanza sindacale impugnata

In conclusione, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso debba essere respinto.

L'ESTENSORE
Fabrizio Cafaggi

IL PRESIDENTE
Mario Luigi Torsello

IL SEGRETARIO

Carola Cafarelli

**Cons. St., sez II, 17 maggio 2021, n.3836 – Pres. Cirillo, Est. Manziona
Massima**

Il termine “agibilità” è stato utilizzato dal legislatore in accezioni diverse e non sempre coincidenti.; l’agibilità disciplinata dal d.P.R. n. 380 del 2001 non si identifica completamente con il “vecchio” certificato di abitabilità previsto dal Testo unico delle leggi sanitarie, in quanto presuppone una serie di valutazioni ulteriori; di ciò è prova nell’art. 26, d.P.R. n. 380 del 2001 che ancora oggi consente al Sindaco di intervenire dichiarando la inabitabilità di un immobile, già certificato come agibile, ai sensi dell’art. 222 del T.U.L.S.; altro è, infatti, la strutturale conformità del fabbricato a tutti i requisiti richiesti e, in parte, assorbiti nella conformità al titolo edilizio in forza del quale è stato realizzato, altro la sua (sopravvenuta) carenza di requisiti igienici tale da non consentirne l’occupazione a fini abitativi (1).

La illiceità dell’immobile sotto il profilo urbanistico-edilizio non può essere in alcun modo sanata dal conseguimento della sua agibilità, quand’anche formalmente sopravvenuto; la mancanza dei requisiti di regolarità dell’intervento non consente che possa decorrere il termine per la maturazione del silenzio assenso, identificandosi piuttosto l’istituto in una sorta di legittimazione ex lege ad utilizzare l’immobile in conformità con la sua destinazione d’uso, che prescinde dalla pronuncia della Pubblica amministrazione e che trova il suo fondamento nella effettiva sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per il rilascio del titolo; ciò trova conferma nella sua attuale disciplina, contenuta nel d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, che ha sostituito il regime della s.c.i.a. a quello originario di silenzio assenso, includendo espressamente nella norma definitoria (art. 24) la «conformità dell’opera al progetto presentato» tra le cose che il tecnico deve asseverare all’atto della presentazione della dichiarazione, unitamente peraltro alla sua «agibilità»; pertanto non solo non è ipotizzabile il conseguimento di agibilità di un immobile in contrasto con la disciplina urbanistica, ma lo stesso non impedirebbe comunque l’attivazione dei doverosi poteri sanzionatori del Comune in relazione ai compiti di vigilanza sul territorio che gli sono attribuiti: quanto detto anche laddove la violazione si concretizzi nell’inadempienza ad una clausola di convenzione accessiva ad un piano attuativo in sanatoria, in ragione del convergere della stessa nel contenuto del titolo edilizio legittimante l’intervento (2).

(1) Il legislatore ha utilizzato nel tempo il termine agibilità in varie accezioni. Ad essa, ad esempio, si fa ancora oggi riferimento in relazione alla certificazione dei requisiti di solidità e sicurezza che devono possedere i teatri e luoghi di pubblico spettacolo ai sensi dell’art. 80, r.d. 18 giugno 1931, n. 773, T.U.L.P.S, denominata, appunto, “licenza di agibilità”, nell’art. 1, comma 1, n. 9, d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, che ha trasferito la competenza al relativo rilascio ai Comuni. La agibilità urbanistica, di cui agli artt. 24 e seguenti del d.P.R. n. 380 del 2001, è la “qualificazione” dell’immobile che ha sostituito la “abitabilità” prevista dal r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (T.U.L.S.), ma non si esaurisce, come quest’ultima, nella attestata sussistenza dei requisiti igienico-sanitari di un’ “abitazione”. Essa si riferisce a qualsivoglia tipologia di edificio, a prescindere dalla destinazione d’uso, e certifica anche la «conformità dell’opera rispetto al progetto approvato», ovvero, in buona sostanza, la sua regolarità edilizia e, conseguentemente, urbanistica. L’agibilità dei manufatti o dei locali dove si intende svolgere un’attività commerciale, ad esempio, rappresenta il necessario ponte di collegamento fra la situazione urbanistico-edilizia e quella commerciale nel senso che la non conformità dei locali per il versante urbanistico-edilizio si traduce nella loro non agibilità anche sul versante commerciale. All’inverso, ai fini dell’agibilità, è necessario che il manufatto o il locale sia assistito dallo specifico titolo edilizio abilitativo e, più in generale, che lo stesso non rivesta carattere abusivo, esigendosi, in tal modo, una corrispondenza biunivoca tra conformità urbanistica dei beni ospitanti l’attività commerciale e l’agibilità degli stessi (sul punto cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3212).

(2) Ha chiarito la Sezione che essendo la agibilità la summa del possesso dei requisiti sia igienico-sanitari che urbanistico-edilizi di un edificio, essa non può essere conseguita nel caso in cui il titolo edilizio sottostante, seppure esistente, non possa considerarsi efficace, sicché non ne è necessario il preventivo annullamento per impedirne il conseguimento. Ritenendo certificabile come agibile anche un immobile abusivo, purché conforme ai requisiti igienico-sanitari e di risparmio energetico previsti, si finirebbe infatti per trasformare la relativa qualificazione in una sorta di ulteriore sanatoria cartolare, ovvero, al contrario, per svuotarne completamente la portata, stante che la natura permanente dell'illecito edilizio ad essa sottesa non ne impedirebbe comunque l'assoggettamento al previsto regime sanzionatorio. Quanto detto vale anche nell'ipotesi di violazione della convenzione stipulata tra un Comune e un privato costruttore, con la quale questi, al fine di conseguire il rilascio di un titolo edilizio, si obblighi ad un facere o a determinati adempimenti nei confronti dell'ente pubblico (quale, ad esempio, la destinazione di un'area ad uno specifico uso, cedendola. Cfr. Cons. Stato, sez. II, 19 gennaio 2021, n. 579; id., sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5628). Vale altresì laddove la convenzione acceda ad un piano attuativo adottato in sanatoria, quale il piano di recupero, ovvero lo strumento introdotto dall'art. 27, l. 5 agosto 1978, n. 457 per cercare di realizzare il riequilibrio urbanistico di aree degradate o colpite da più o meno estesi fenomeni di edilizia "spontanea" e incontrollata, legittimati, appunto, ex post. Tali piani hanno sì l'obiettivo di "recupero fisico" degli edifici, ma collocandolo in operazioni di più ampio respiro su scala urbanistica, in quanto mirate alla rivitalizzazione di un particolare comprensorio urbano (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2897; id., sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5078). La loro funzione "sanante" fa sì che ove non operino i relativi presupposti, ancorché stabiliti in via pattizia tra il Comune e il privato, permane la natura abusiva dell'opera realizzata, seppure sorretta da un originario titolo edilizio, che la stessa Amministrazione ha inteso dequotare nel momento in cui ne ha deciso, appunto, la legittimazione postuma.

**Cons. St., sez II, 27 luglio 2020, n.4774 – Pres. Taormina, Est. Manzione
Massima**

L'agibilità dei manufatti o dei locali dove si intende svolgere un'attività commerciale rappresenta il necessario ponte di collegamento fra la situazione urbanistico-edilizia e quella commerciale nel senso che la non conformità dei locali per il versante urbanistico-edilizio si traduce nella non agibilità dei predetti manufatti o locali sul versante commerciale (1).

(1) Ha premesso la Sezione che la cd. "agibilità urbanistica" disciplinata dagli artt. 24 e seguenti del d.P.R. n. 380 del 2001 implica anche la valutazione della sussistenza dei requisiti igienico sanitari dei locali ed ha pertanto una portata che assorbe, ma non esaurisce, quella in passato riconducibile all'art. 220, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265

Ha aggiunto che ai fini dell'agibilità, è necessario che il manufatto o il locale sia assistito dallo specifico titolo edilizio abilitativo e, più in generale, che lo stesso non rivesta carattere abusivo, esigendosi, in tal modo, una corrispondenza biunivoca tra conformità urbanistica dei beni ospitanti l'attività commerciale e l'agibilità degli stessi (sul punto cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3212; Tar Napoli, sez. III, 9 marzo 2020, n. 1035). La notifica sanitaria, invece, che ha sostituito la vecchia autorizzazione sanitaria di cui all'art. 2, l. n. 283 del 1962, è anch'essa una forma di comunicazione del possesso dei requisiti igienico sanitari ma in relazione all'attività in concreto esercitata, che costituisce una specificazione correlata a verifiche più stringenti di quella commerciale del settore alimentare.

La mancata registrazione della notificazione sanitaria implica la necessità di intervenire sull'attività sia da parte della A.S.L. che ha effettuato i controlli, onde garantire la tempestività dell'intervento a

tutela della salute pubblica; sia dal Sindaco cui la A.S.L. abbia dato notizia dei fattori ostativi riscontrati, ove sussistano gli estremi dell'ordinanza contingibile ed urgente ex art. 50, d.lgs. n. 267 del 2000; ovvero infine dal Dirigente del Comune competente per materia, giusta la previsione sanzionatoria di chiusura contenuta nell'art. 22, comma 6, d.lgs. n. 114 del 1998 (e le omologhe previsioni regionali), che comporta la cessazione dell'attività "abusiva", intendendosi per tale quella comunque svolta in assenza, anche sopravvenuta, dei requisiti di legge.

Cons. St., sez. VI, 8 luglio 2021, n.5208 – Pres. De Felice, Est. Simeoli

I poteri di controllo tardivo sulla SCIA, di cui all'art. 19, comma 4, l. n. 241 del 1990, sollecitati dal terzo, sono doverosi nell'an, ferma restando la discrezionalità nel quomodo (1).

(1) E' noto che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 45 del 2019, non ha accolto la tesi secondo cui la sollecitazione del 'terzo' avrebbe ad oggetto solo poteri inibitori, anche se presentata dopo la scadenza del termine perentorio (di cui ai commi 3 o 6-bis dell'art. 19, l. n. 241 del 1990), reputando invece che dopo tale termine il terzo possa sollecitare solo i poteri di autotutela. Alla luce di tale pronuncia, i poteri di controllo sulla SCIA, se attivati tempestivamente (entro i sessanta o trenta giorni dalla segnalazione), sono vincolati, con la conseguenza che l'interessato potrebbe chiedere anche l'accertamento della fondatezza nel merito della pretesa; se attivati invece dopo il decorso del termine ordinario (ed entro i successivi diciotto mesi), sono invece subordinati alla sussistenza delle 'condizioni' di cui all'art. 21-nonies, l. n. 241 del 1990. La Corte non ha tuttavia precisato se sussista, in capo all'Amministrazione, l'obbligo di avvio e conclusione del procedimento di controllo tardivo sollecitato dal terzo, ferma restando la piena discrezionalità nel *quomodo*.

Depongono nel senso della doverosità (in deroga al consolidato orientamento secondo cui l'istanza di autotutela non è coercibile), sia l'argomento letterale – segnatamente, la differente formulazione dell'art. 21-nonies rispetto all'art. 19, comma 4, l. n. 241 del 1990, il quale ultimo, a differenza del primo, dispone che l'amministrazione «adotta comunque» (e non già semplicemente «può adottare») i provvedimenti repressivi e conformativi (sempre che ricorrano le 'condizioni' per l'autotutela) –, sia la lettura costituzionalmente orientata del disposto normativo;

- avendo il legislatore optato per silenzio-inadempimento quale unico mezzo di tutela ('amministrativa') messo a disposizione del 'terzo', ove non sussistesse neppure l'obbligo di iniziare e concludere il procedimento di controllo tardivo con un provvedimento espresso, si finirebbe per privare l'istante di ogni tutela effettiva davanti al giudice amministrativo, in contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost.

E' necessario quindi riconoscere, rispetto alla sollecitazione dei poteri di controllo tardivo, quanto meno l'obbligo dell'amministrazione di fornire una risposta.

Cons. Stato, sez VI, 30 giugno 2021, n.4940

E' pacifico che tale atto non si riferisce all'aspetto urbanistico-edilizio, presupponendo, come è tipico di ogni titolo legittimante l'attività commerciale, la regolarità edilizia dei locali rispetto all'attività che il richiedente si propone di svolgere (trasformazione del latte in prodotti caseari e vendita di prodotti caseari).

Deve ricordarsi che le disposizioni in materia di commercio implicano uno stretto collegamento tra la programmazione commerciale e la pianificazione urbanistica, con la conseguenza che l'apertura di esercizi commerciali presuppone la conformità dei relativi locali alle prescrizioni urbanistiche (*cf.* Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2001; Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2004). Più precisamente, la normativa commerciale (D. lgs 114/98, Legge 287/91 e D.lgs n. 59/2010) prescrive, quanto ai requisiti oggettivi che devono sussistere per il rilascio delle relative autorizzazioni, che le attività

devono essere esercitate, tra l'altro, nel rispetto delle vigenti norme, prescrizioni e autorizzazioni in materia edilizia e urbanistica, nonché di quelle sulla destinazione d'uso dei locali e degli edifici.

Gli assunti che precedono non possono in alcun modo giustificare la conclusione che l'assentimento dell'attività commerciale implichi anche l'assentimento alla modifica dei locali dal punto di vista edilizio. Nonostante la stretta relazione tra i due ambiti, deve ritenersi che il titolo commerciale non può assorbire le valutazioni strettamente connesse al rispetto della disciplina urbanistica, che, viceversa, devono essere vagliate secondo le specifiche procedure a tal fine previste dalla legge, per sfociare, se del caso, in specifici titoli corrispondenti ai diversi interventi, così come prestabiliti dall'ordinamento.

Per scrupolo, deve precisarsi che, nel caso di specie, non è neppure possibile configurare una sorta di titolo edilizio implicito, dovendosi al riguardo osservare che si è al cospetto di una SCIA, ovvero di un atto del privato, e non di un provvedimento amministrativo, da cui l'impossibilità di desumere una sottoposta volontà dell'amministrazione circa l'assentimento al mutamento della destinazione d'uso dal punto di vista edilizio

Consiglio di Stato sez. I, 18/08/2020, n.1418

Con specifico riferimento al limite orario massimo giornaliero di interruzione del gioco lecito, è illegittima l'ordinanza sindacale ex art. 50, comma 7, del d. lgs. n. 267 del 2000 che stabilisce limitazioni orarie più restrittive rispetto a quelle fissate con l'Intesa raggiunta in Conferenza Unificata tra Governo, Regioni ed Enti Locali in data 7 settembre 2017, in attuazione dell'art. 1, comma 936, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, senza motivare in ordine alle specifiche ragioni, anche territoriali, emergenti da una approfondita istruttoria procedimentale, che in concreto giustificano, sul piano della adeguatezza e della proporzionalità, la deroga al regime orario recepito nell'Intesa medesima, atteso che, in presenza di una disposizione legislativa — come quella di cui al citato art. 1, comma 936 — che attribuisce alla Conferenza Unificata una funzione anche amministrativa in materia, le decisioni assunte in tale sede, ancorché non ancora recepite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, assumono comunque il valore di parametro di riferimento per misurare la legittimità delle ordinanze sindacali limitative dell'orario di apertura delle sale gioco e di esercizio degli apparecchi di intrattenimento di cui all'art. 110, comma 6, del T.U.L.P.S.

Consiglio di Stato, sez.V, sentenza 7 marzo 2019, n. 1567

Massima

L'ordinanza sindacale diretta a coordinare e riorganizzare gli orari degli esercizi commerciali e dei pubblici esercizi non è assoggettabile all'obbligo di motivazione né al termine di quindici giorni di pubblicazione e per la relativa emanazione non è richiesta la preventiva comunicazione di avvio del procedimento. Tuttavia, nel nostro ordinamento, è stata abrogata ogni indebita restrizione all'esercizio delle attività commerciali, se non giustificata dalla protezione della salute umana.

2.4.1. A limitati fini che qui rilevano si osserva comunque che il termine di quindici giorni di pubblicazione è previsto dall'articolo 124 del TUEL per le sole deliberazioni assembleari (e non anche per le ordinanze sindacali) e che il successivo articolo 134, comma 4 ammette comunque l'apposizione della clausola di immediata esecutività. Anche ad ammettere, poi (denegata ipotesi), l'applicabilità nel caso in esame dei termini di cui all'articolo 134 del TUEL, il fatto che il Comune abbia anticipato l'efficacia dell'ordinanza impugnata in primo grado potrebbe se del caso comportare l'invalidità dei soli provvedimenti attuativi adottati prima del termine di dieci giorni di cui all'articolo 134, comma 3 del Testo unico,

ma non anche l'illegittimità dell'ordinanza sindacale nel suo complesso.

2.4.2. Per quanto riguarda, poi, le questioni connesse alla comunicazione di avvio del procedimento, si osserva che essa non rileva nel caso in esame, venendo in rilievo l'adozione (non già di un provvedimento amministrativo, bensì) di un atto di regolamentazione a contenuto generale e a valenza sostanzialmente regolamentare.

2.5. Non può poi essere condivisa la tesi degli appellati secondo cui gli argomenti profusi dal Comune a sostegno della qualificazione giuridica dell'ordinanza n. 185 del 2008 come ordinanza di contenuto ordinario ai sensi dell'articolo 50, comma 7 del TUEL concreterebbero una sorta di (illegittima) integrazione postula della motivazione dell'atto.

Va premesso al riguardo che l'ordinanza impugnata in primo grado, in quanto atto a contenuto generale, non resta a rigore assoggettata all'obbligo di motivazione ai sensi dell'articolo 3, comma 2 della l. 241 del 1990, ragione per cui non possono ravvisarsi in capo a tale atto vizi di illegittimità relativi al relativo apparato motivazionale.

Consiglio di Stato sez. V, 30/06/2020, (ud. 04/06/2020, dep. 30/06/2020), n.4119

Evidenziato in capo al sindaco, ai sensi dell'art. 50, comma 7, del d. lgs. n. 267 del 2000, il potere di disciplinare l'orario di apertura delle sale da gioco e di funzionamento degli apparecchi con vincite in danaro, con la precisazione che tale disciplina si riferisce all'aspetto della tutela della quiete pubblica e della salute pubblica, così da non interferire con diverso profilo dell'ordine e della sicurezza pubblica (che appartiene al questore), deve logicamente e giuridicamente affermarsi la sussistenza anche di un corrispondente potere sanzionatorio, che sia effettivo e dunque non meramente simbolico o sproporzionato, in modo da garantire l'effettività della stessa disciplina sindacale; così come permane in capo ad esso l'ordinario potere di amministrativa attiva, vale a dire di cura diretta dell'interesse pubblico con le misure che possano di volta in volta essere più convenienti.

Proprio per la necessità di un'azione complessiva di realizzazione effettiva di quanto appena detto, la sanzione dev'essere ragionevole, efficace, dotata di un sicuro carattere afflittivo e dunque di deterrenza.

Ma per quanto concerne la cura effettiva e concreta dell'interesse pubblico la mera sanzione pecuniaria amministrativa non appare e non è uno strumento di suo sufficiente a realizzare davvero l'interesse cui presiede: se la sanzione, in rispetto del principio di legalità, trova adeguata e sicura copertura nell'art. 7 bis, comma 2, del d. lgs. 267 del 2000, a tenore del quale "La sanzione amministrativa di cui al comma 1 si applica anche alle violazioni alle ordinanze adottate dal sindaco e dal presidente della provincia sulla base di disposizione di legge, ovvero di specifiche norme regolamentari", resta d'altra parte evidente che la mera sanzione pecuniaria prevista dal citato comma 1 dell'art. 7-bis non spieghi alcun reale effetto ripristinatorio delle oggettive esigenze pubbliche poste dalle ordinanze sindacali sugli orari di apertura delle sale da gioco e scommesse e sul funzionamento degli apparecchi con vincite in danaro: del resto a nessuno sfugge che, se tutto si riducesse e si limitasse alla detta sanzione, fatalmente sarebbe agevolata una logica strettamente economica del rapporto costi/benefici, sicché il medio concessionario o titolare di sala giochi o degli apparecchi con vincite in danaro sarebbe facilmente indotto ad assumere il rischio e il relativamente tenue costo per la violazione dell'ordinanza sindacale consistente nel solo pagare la sanzione amministrativa a fronte di un più elevato guadagno derivante dall'utilizzo della sala gioco o dal funzionamento degli apparecchi da gioco: conseguendo così gli inammissibili effetti pratici di una sanatoria a modesto onere economico.

Deve dunque riconoscersi la necessità, sotto il profilo logico - sistematico, che la reiterata violazione della disciplina sindacale degli orari di apertura delle sale da gioco e di funzionamento degli apparecchi con vincite in danaro, sia accompagnata da una misura ulteriore e diversa dalla sanzione pecuniaria: una misura, cioè, di cura diretta dell'interesse pubblico, che prescindendo dal soggetto e che guardi all'oggetti, e che vada ad incidere direttamente e immediatamente sull'attività (del gioco e del

funzionamento degli apparecchi di gioco), sospendendola per un tempo ragionevole, adeguato e idoneo.

Una tale misura - che a ben vedere esprime un potere di amministrazione attiva perché è a cura diretta e immediata dei detti interessi della collettività prima ancora che a retribuzione di una condotta individuale che li lede - ben può dalla discrezionalità comunale essere individuata, come avvenuto nel caso di specie, nella preannunciata sospensione dell'attività per un periodo massimo di cinque giorni, tempo che risulta significativo, adeguato e proporzionato, idoneo ad un tempo a garantire un reale effetto di deterrenza ed il carattere di afflittività, contemperando in modo non irragionevole l'interesse sanzionatorio dell'autorità sindacale ed il principio della libertà d'iniziativa economica (Cons. Stato, V, 28 marzo 2018 n. 1933).

Segnalo, inoltre, una sentenza della Corte Costituzionale (sentenza 20 luglio 2020 n. 153 – Pres. Cartabia, Red. Coraggio) che ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale con le quali il T.a.r. per l'Emilia Romagna, sez. st. di Parma, ha dubitato della compatibilità costituzionale dell'art. 19, comma 6-ter, della l. n. 241 del 1990 nella parte in cui detta disposizione ha previsto che il terzo leso dagli effetti di una SCIA possa sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 cod. proc. amm.

<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2020&numero=153>

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

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 16 giugno 2021

NUMERO AFFARE 01328/2020

OGGETTO:

Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con istanza sospensiva, proposto da Project Life, contro Regione Calabria, e nei confronti di Associazione Archimede, per l'annullamento del decreto direttoriale della Regione Calabria n. 9587 del 5 agosto 2019, pubblicato nel B.U.R.C. del 14 agosto 2019, con cui è stato approvato in via definitiva l'elenco degli ammessi e dei non ammessi, nonché la graduatoria per la prima edizione dell'avviso pubblico, indetto dalla Regione Calabria, nell'ambito del Programma di Azione di Coesione (PAC) della Regione Calabria 2014/2020, riguardante "misure di politica attiva per lo sviluppo di competenze digitali", per favorire l'inserimento lavorativo e l'occupazione di disoccupati di lunga durata e dei soggetti con maggiore difficoltà di inserimento lavorativo, nonché il sostegno delle persone a rischio di disoccupazione di lunga durata, proponendo diversi progetti formativi;

LA SEZIONE

Vista la relazione, trasmessa con nota del 5 novembre 2020, con la quale il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Claudio Tucciarelli;

Premesso:

1. Con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, Project Life, ente di formazione, chiede l'annullamento, previa sospensiva, del decreto direttoriale della Regione Calabria n. 9587 del 5 agosto 2019, pubblicato nel B.U.R.C. del 14 agosto 2019, con cui è stato approvato in via definitiva l'elenco degli ammessi e dei non ammessi, nonché la graduatoria per la prima edizione dell'avviso pubblico, indetto dalla Regione Calabria, nell'ambito del Programma di Azione di Coesione (PAC) della Regione Calabria 2014/2020, riguardante "misure di politica attiva per lo sviluppo di competenze digitali", per favorire l'inserimento lavorativo e l'occupazione di disoccupati di lunga durata e dei soggetti con maggiore difficoltà di inserimento lavorativo, nonché il sostegno delle persone a rischio di disoccupazione di lunga durata, proponendo diversi progetti formativi.

2. Il ricorrente ha presentato domanda di partecipazione ad un avviso pubblico indetto dalla Regione Calabria, nell'ambito del Programma di Azione di Coesione (PAC) della Regione Calabria 2014/2020, riguardante "misure di politica attiva per lo sviluppo di competenze digitali", per favorire l'inserimento lavorativo e l'occupazione di disoccupati di lunga durata e dei soggetti con maggiore difficoltà di inserimento lavorativo, nonché il sostegno delle persone a rischio di disoccupazione di lunga durata, proponendo diversi progetti formativi. A conclusione della procedura di valutazione delle domande di partecipazione pervenute, la Regione Calabria, con decreto direttoriale n. 7105 del 13 giugno 2019, ha approvato l'elenco degli ammessi e dei non ammessi, e la graduatoria provvisoria per la prima edizione.

L'ente, non ammesso, ha quindi proposto ricorso amministrativo, che è stato tuttavia respinto dalla Regione.

Con decreto direttoriale n. 9587 del 5 agosto 2019, pubblicato nel B.U.R.C. del 14.8.2019, oggetto del ricorso straordinario, la Regione Calabria ha poi approvato in via definitiva l'elenco degli ammessi e dei non ammessi, nonché la graduatoria per la prima edizione dell'avviso pubblico.

3. Il ricorrente si duole del fatto che l'amministrazione abbia preteso che i progetti formativi presentati dovessero afferire, per essere ammessi, a figure professionali diversificate.

I motivi dedotti dal ricorrente a sostegno del ricorso, tutti attinenti a tale profilo, sono i seguenti.

In primo luogo sono dedotti violazione e falsa applicazione della legge n. 241/1990, in relazione all'art. 6 dell'avviso pubblico, ed eccesso di potere per difetto di istruttoria. L'ente ricorrente, a fronte della previsione dell'art.6 dell'avviso (secondo cui "per ciascuna ATS proponente potranno essere ammessi a finanziamento sino ad un massimo di 10 percorsi formativi articolati su 2 edizioni per ciascun percorso") aveva presentato dieci percorsi formativi, di cui solo uno dichiarato ammissibile dalla Commissione di valutazione in quanto quest'ultima avrebbe introdotto un ulteriore principio, non risultante nella disposizione, secondo il quale i progetti formativi dovessero afferire a figure professionali diversificate. La Commissione non ha per tali motivi ammesso gli altri nove percorsi formativi proposti da Project Life in ragione del "mancato rispetto degli art.2 e 6 in combinato disposto con gli art.8 e 9 dell'avviso pubblico". Soggiunge il ricorrente che la stessa Regione Calabria, nella FAQ n.1 pubblicata nel mese di agosto 2018, avrebbe affermato che potevano essere presentate anche più proposte progettuali riferibili a medesime figure professionali, descritte dall'art. 8 dell'avviso, fermo restando che il destinatario non poteva essere avviato a più percorsi formativi svolti in contemporanea.

In secondo luogo sono dedotti violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 6 dell'avviso pubblico, in relazione alla legge n. 241/1990, ed eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Ad avviso del ricorrente, la Commissione di valutazione avrebbe dichiarato l'inammissibilità dei percorsi formativi sulla base di un presupposto falso (il requisito dei progetti relativi a figure professionali diversificate), risultandone viziato l'intero procedimento valutativo per avere la medesima Commissione esercitato un potere di interpretazione del bando. In terzo luogo, il ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 ed eccesso di potere per difetto di motivazione, in quanto la Commissione di valutazione avrebbe dichiarato inammissibili i nove percorsi formativi richiamando in maniera errata gli artt. 2 e 6 dell'avviso pubblico in combinato disposto con gli artt. 8 e 9, che tuttavia non consentono di conoscere in maniera approfondita le ragioni dell'esclusione.

Il ricorso motiva poi la domanda di sospensiva.

4. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con nota del 5 novembre 2020 (prot. n. 8947), ha trasmesso la propria relazione, dopo avere acquisito la relazione istruttoria trasmessa dall'ANPAL nonché le controdeduzioni presentate dall'amministrazione resistente (la Regione Calabria). Conclude per l'infondatezza del ricorso.

5. Questa Sezione, con il parere interlocutorio n. 2192/2020 reso nell'adunanza del 16 dicembre 2020, ha ritenuto che fosse preliminarmente necessario garantire la pienezza del contraddittorio, al fine di verificare se all'eventuale accoglimento del ricorso possa conseguire l'estromissione di altri soggetti in precedenza ammessi al finanziamento, qualora vi fosse capienza residua insufficiente delle relative risorse disponibili. La Sezione ha inoltre sottolineato che, qualora dovesse risultare che, per tale motivo, l'accoglimento del ricorso determinerebbe lo slittamento al di fuori della graduatoria utile di soggetti già ammessi al finanziamento, si renderebbe necessaria

L'integrazione del contraddittorio in favore di questi ultimi in qualità di controinteressati, rispetto a quello già individuato dal ricorso.

Pertanto, la Sezione ha chiesto all'amministrazione referente di: acquisire le informazioni utili circa la sussistenza e la consistenza di eventuali risorse finanziarie residue e disponibili, a fronte degli importi dei nove progetti del ricorrente odierno non ammessi (pari a circa 162.000 euro per ciascun progetto presentato dal ricorrente medesimo); nel caso in cui vi fossero tali risorse residue e disponibili, in misura tale da assicurare eventuale copertura finanziaria per i nove progetti del ricorrente non ammessi, riferire direttamente al Consiglio di Stato, dandone comunicazione al ricorrente; nel caso in cui, invece, non vi fossero tali risorse o fossero insufficienti, comunicare al ricorrente i nomi dei controinteressati affinché egli proceda all'integrazione del contraddittorio nei loro confronti, secondo l'ordine progressivo inverso della graduatoria degli ammessi al finanziamento, a partire dall'ultimo e fino a concorrenza delle somme non disponibili; assegnare ai controinteressati un termine, non superiore a trenta giorni, per presentare proprie memorie; riferire alla Sezione entro ulteriori venti giorni.

La Sezione ha infine ritenuto di non doversi pronunciare sulla domanda cautelare prima che l'amministrazione avesse posto in essere gli incumbenti richiesti.

6. Con nota del 4 maggio 2021, prot. n. 4478, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che in precedenza aveva trasmesso la documentazione attestante l'insussistenza di risorse residue disponibili, ha rappresentato, a completamento degli incumbenti posti in essere, che nessuno dei soggetti controinteressati ha fatto pervenire, nel termine assegnato di trenta giorni, proprie memorie riferite al ricorso straordinario in esame. Come documentato in precedenza dal Ministero, era stata perfezionata la notifica a tutti i controinteressati, ivi compresa la società controinteressata già individuata dal ricorso, cui in precedenza non era stata effettuata la notifica ex art. 140 c.p.c., come da attestazione dell'ufficiale giudiziario.

Considerato:

7. La Sezione rileva in primo luogo che l'avviso pubblico iniziale non fa alcun riferimento al requisito di ammissibilità considerato dalla Commissione di valutazione.

Infatti, l'art. 2 dell'avviso individua le finalità perseguite. L'art. 6 stabilisce i requisiti che debbono possedere i soggetti beneficiari. L'art. 8 disciplina poi la selezione dei destinatari e le modalità di realizzazione dei percorsi. Sono poi precisate le spese ammissibili e, all'art. 9, le modalità di trasmissione della domanda di finanziamento. Non è peraltro enunciato il requisito di ammissibilità che avrebbe poi condotto la Commissione a non ammettere nove dei dieci progetti presentati dal ricorrente, consistente nella necessità che i progetti formativi presentati dovessero afferire, per essere ammessi, a figure professionali diversificate.

Le considerazioni di segno diverso esposte nella propria memoria dalla Regione Calabria e fatte proprie dalla relazione ministeriale inferiscono la legittimità del provvedimento impugnato da contenuti, invero generici, dell'avviso pubblico. Viene infatti riferito che la Commissione di valutazione aveva rilevato la circostanza che alcuni enti capofila avevano presentato più domande di finanziamento con identica progettualità e per percorsi formativi relativi alla medesima figura professionale. Ciò sarebbe apparso ostativo al concreto raggiungimento degli obiettivi sottesi all'avviso in questione. In particolare, tale tesi sarebbe fondata sui contenuti dell'art. 6 dell'avviso, dedicato ai soggetti beneficiari, secondo cui per ciascuna ATS proponente potranno essere ammessi a finanziamento sino ad un massimo di 10 percorsi formativi articolati su 2 edizioni per ciascun percorso, senza specificare se gli stessi debbano riguardare o meno figure professionali differenti. La Commissione avrebbe quindi ritenuto di dovere affrontare la questione della corretta interpretazione della disposizione citata tenendo conto, al di là del mero dato testuale, delle finalità perseguite dall'Amministrazione con la pubblicazione

dell'avviso. Quindi la Commissione sarebbe pervenuta alla conclusione che, sebbene la disposizione di cui all'art. 6 non preveda espressamente che le domande di partecipazione, a pena di inammissibilità, debbano avere ad oggetto percorsi formativi riguardanti figure professionali differenti tra quelle indicate nel successivo art. 8, tale requisito di ammissibilità dovrebbe considerarsi imprescindibile alla luce delle finalità assegnate all'avviso pubblico "Competenze digitali", individuate e descritte dall'art. 2 del medesimo bando.

Tuttavia, questa Sezione deve constatare che tale articolo presenta una formulazione estremamente ampia e suscettibile di molteplici declinazioni, rispetto alle quali, in assenza di una espressa clausola di inammissibilità contenuta nel medesimo avviso pubblico, risulta arduo considerare legittime le conclusioni cui la Commissione medesima è pervenuta.

L'art. 2, infatti, stabilisce genericamente che la Regione Calabria intende supportare iniziative volte a favorire l'acquisizione di competenze da parte dei propri disoccupati, più vicine ai fabbisogni dell'economia regionale, promuovendo in particolar modo i percorsi formativi per lo sviluppo delle competenze digitali che concorrono in maniera rilevante alla realizzazione di una filiera formativa capace di rispondere alle esigenze delle filiere produttive regionali.

Precisa inoltre che attraverso l'avviso si intende favorire l'affermazione di una nuova cultura digitale, contribuendo alla diversificazione innovativa dell'economia regionale, alla riqualificazione dei settori tradizionali, all'innalzamento dei profili tecnici operanti nelle imprese.

Da tali premesse, la Commissione ha accolto l'interpretazione secondo cui i progetti formativi presentati da ciascuna ATS nell'ambito della stessa edizione debbano afferire senz'altro a figure professionali diversificate.

Tuttavia, non emerge dagli atti se tale valutazione sia stata accompagnata dalla considerazione di opzioni alternative (quale, astrattamente, il conseguimento della

diversificazione in relazione non al singolo progetto di ciascuna ATS bensì all'esito dalla sommatoria dei diversi progetti ammessi facenti capo a diversi soggetti) oltre che da una ricognizione dei fabbisogni effettivi.

L'amministrazione trae poi conferma della correttezza della soluzione interpretativa adottata da quanto previsto dall'art. 6, laddove è previsto espressamente per ciascuna ATS la possibilità di presentare sino ad un massimo di dieci percorsi formativi, relativi alle figure professionali di cui all'art. 8, su 2 edizioni per ciascun percorso. In tal modo sarebbe stato escluso che la domanda di finanziamento per lo stesso percorso formativo riguardante una determinata figura professionale possa essere ammesso nell'ambito della medesima edizione.

L'amministrazione ha mancato di evidenziare, tuttavia, che anche in questo caso non è prevista dall'avviso pubblico l'inammissibilità nel caso di mancata osservanza. Non può sfuggire che anche tale clausola, che pare attenersi esclusivamente all'articolazione dei corsi, non esplicita il divieto di presentazione di percorsi formativi per le stesse figure professionali.

In altri termini, l'amministrazione ha ricostruito la *ratio* sottesa all'avviso per giungere a conclusioni – pur in assenza di un'esplicita previsione nel medesimo avviso – in ordine alla inammissibilità delle domande presentate.

L'amministrazione, soprattutto, ha sottovalutato il rilievo da riconoscere alla circostanza nella quale la Regione Calabria, nella FAQ n.1 pubblicata nel mese di agosto 2018, aveva affermato che si potevano presentare anche più proposte progettuali riferibili a medesime figure professionali. In particolare, la FAQ, alla voce “Percorso formativo e stage”, aveva chiarito che “sulla base di quanto previsto nell'avviso si possono presentare più proposte progettuali riferibili alle medesime figure professionali descritte dall'art 8 dell'Avviso, ma lo stesso destinatario non può essere avviato a più percorsi formativi che si svolgono in contemporanea”.

In linea generale, occorre prendere atto del sempre maggiore ricorso da parte delle pubbliche amministrazioni alle *Frequently Asked Questions* (FAQ), già note, in precedenza, nell'ambito dell'*e-commerce* e dei servizi sul *web*. Si tratta di una serie di risposte alle domande che sono state poste (o potrebbero essere poste) più frequentemente dagli utilizzatori di un certo servizio. In tal modo viene data risposta pubblica, su un sito *web*, a interrogativi ricorrenti, sì da chiarire *erga omnes* e pubblicamente le questioni poste con maggiore frequenza. Il ricorso alle FAQ, evidentemente, è normalmente da ricondurre a esigenze di trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione e di economicità della medesima. Sotto questo secondo aspetto, il carattere ricorrente di taluni temi o interrogativi induce il titolare del sito (in questo caso: l'amministrazione) a soddisfare in via preventiva le esigenze di chiarimento dei destinatari principali dell'attività. Nello stesso periodo contrassegnato dalle limitazioni dovute alla diffusione del COVID 19, le risposte alle FAQ da parte della pubblica amministrazione hanno conosciuto un rilievo e una notorietà in precedenza sconosciute, con l'obiettivo di offrire elementi di chiarezza ai fini interpretativi e applicativi di disposizioni che si potevano, in astratto, prestare a diversi esiti finali.

Tuttavia, non si può neppure dimenticare che le FAQ sono sconosciute all'ordinamento giuridico, in particolare all'art. 1 delle preleggi al codice civile. Esse svolgono una funzione eminentemente pratica né, in genere, indicano elementi utili circa la loro elaborazione, la procedura o i soggetti che ne sono i curatori o i responsabili. Non sono pubblicate a conclusione di un procedimento predefinito dalla legge. E' quindi da escludere che le risposte alle FAQ possano essere assimilate a una fonte del diritto, né primaria, né secondaria. Neppure possono essere considerate affini alle circolari, dal momento che non costituiscono un obbligo interno per gli organi amministrativi.

In difetto dei necessari presupposti legali, esse non possono costituire neppure atti di interpretazione autentica.

Tuttavia, non può essere sottovalutato l'effetto che le risposte alle FAQ producono sui destinatari, a partire dall'affidamento nei confronti di chi (l'amministrazione) fornisce le risposte. In definitiva, le risposte alle FAQ, pur nella loro atipicità, si pongono a metà strada tra le disposizioni di carattere normativo, per loro natura (almeno di regola) generali e astratte e inadonee quindi a prevedere ogni loro possibile applicazione concreta, e il singolo esercizio della funzione amministrativa da parte di una pubblica amministrazione.

Essenziali criteri di affidamento del cittadino nella pubblica amministrazione richiedono tuttavia di tenere conto dell'attività svolta dall'amministrazione stessa con la pubblicazione delle FAQ sul proprio sito istituzionale.

Fatta questa premessa, si può agevolmente riconoscere che vale per le risposte alle FAQ quanto enucleato dal Consiglio di Stato con riferimento alle gare di appalto: “chiarimenti in ordine alla valenza di alcune clausole della *lex* di gara dal significato poco chiaro, essendo forniti dalla stazione appaltante anteriormente alla presentazione delle offerte, non costituiscono un'indebita, e perciò illegittima, modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341; Sez. III, n. 290/2014). Per quanto non vincolanti, le FAQ orientano i comportamenti degli interessati e non possono essere considerate *tamquam non essent*.

Questa stessa Sezione, nel parere n. 971/2020, ha evidenziato che il riferimento operato dalla parte ricorrente a una determinata FAQ non risultava conferente, siccome tale FAQ riguardava un caso diverso. Se ne trae, al contrario, il principio –

condiviso dal Collegio - che, ove conferenti, avrebbe dovuto essere riconosciuto rilievo alla FAQ in questione.

Nel caso di specie, oggetto dell'odierno ricorso, non può essere neppure revocata in dubbio l'attinenza e l'identità di fattispecie della FAQ rispetto a quella in esame.

In definitiva, pur non avendo carattere vincolante, le risposte date dall'amministrazione contribuiscono senz'altro a fornire un'utile indicazione di carattere applicativo in ordine alla *ratio* sottesa alle procedure e agli atti in corso di esame (v. Sez. I, n. 6812/2020).

Una volta suggerita, attraverso le FAQ, la *ratio* propria dell'avviso pubblico, all'amministrazione è consentito discostarsi dalle indicazioni già fornite esclusivamente se è in grado di addurre, in un momento successivo, elementi sostanzialmente decisivi e necessariamente soggetti a uno scrutinio particolarmente severo, anche da parte del giudice, affinché sia evitato il rischio che la discrezionalità amministrativa si converta, con il diverso orientamento amministrativo sopravvenuto, in arbitrio o comunque leda l'affidamento creato nei destinatari delle disposizioni.

Nel caso oggetto del ricorso in esame, gli elementi adottati dall'amministrazione non sono in grado di superare tale scrutinio.

A fronte di una formulazione non felice e non univoca del bando e in assenza di espressi divieti, poi invece introdotti dalla Commissione, le indicazioni contenute nelle FAQ hanno senza dubbio indirizzato la condotta del ricorrente, cui non potevano essere imputate le carenze della domanda presentata, rappresentate dall'amministrazione a seguito delle determinazioni della Commissione che, tra l'altro, è stata nominata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle domande e ha enucleato in un momento successivo criteri diversi che, come si è visto, non trovavano puntuale corrispondenza nell'avviso pubblico e nell'interpretazione già suggerita dall'amministrazione.

8. Ne deriva, conclusivamente, che, per le ragioni esposte, il ricorso va accolto, con assorbimento della domanda cautelare.

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso debba essere accolto, con assorbimento della domanda cautelare.

L'ESTENSORE
Claudio Tucciarelli

IL PRESIDENTE
Mario Luigi Torsello

IL SEGRETARIO

Carola Cafarelli