

Pubblicato il 16/06/2022

N. 04934/2022REG.PROV.COLL.

N. 06305/2021 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 Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6305 del 2021, proposto dal Comune di Taviano (LE), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Ermenegildo Renna, con domicilio digitale come da *P.E.C.* da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avv. Antonia Scione, in Roma, via Aureliana, n. 25;

contro

sigg.ra Lucia Cosima Fersini, rappresentata e difesa dall'avv. Danilo Lorenzo e con domicilio digitale come da *P.E.C.* da Registri di Giustizia;

per l'annullamento e/o la riforma,

previa sospensione dell'esecutività,

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – sede di Lecce, Sezione Prima, n. 603/2021 del 29 aprile 2021, resa tra le parti, con cui è stato parzialmente accolto il ricorso R.G. n. 581/2021 e, per l'effetto, sono stati annullati i

provvedimenti impugnati e dichiarato il diritto della parte ricorrente a conseguire la proroga del titolo concessorio *ex art. 1, commi 682 e ss., della l. n. 145/2018.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, presentata in via incidentale dall'appellante;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della sig.ra Lucia Cosima Fersini;

Viste la dichiarazione del Comune appellante di sopravvenuta carenza di interesse alla discussione dell'istanza cautelare e l'ordinanza della V Sezione n. 4995/2021 del 13 settembre 2021, recante presa d'atto di tale dichiarazione;

Visti la memoria difensiva e il documento depositati dall'appellata;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2022 il Cons. Pietro De Berardinis e uditi l'avv. Angelo Vantaggiato, su delega dell'avv. Antonio E. Renna, per il Comune appellante, e l'avv. Danilo Lorenzo per l'appellata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con l'appello in epigrafe il Comune di Taviano (LE) ha impugnato la sentenza breve del T.A.R. Puglia – Lecce, Sez. I, n. 603/2021 del 29 aprile 2021, chiedendone la riforma, previa sospensione dell'esecutività.

La sentenza appellata ha accolto il ricorso presentato dalla sig.ra Lucia Cosima Fersini, titolare per subingresso di concessione demaniale marittima, avverso gli atti mediante cui il Comune di Taviano le ha negato la proroga della suddetta concessione fino al 31 dicembre 2033, prevista all'art. 1, commi 682 e ss., della l. n. 145/2018.

In fatto, la sig.ra Fersini è titolare per subingresso (avvenuto nel 2008) di una concessione demaniale marittima che riguarda un'area di circa mq. 66, sita in loc. Mancarersa dei Cavalli, nel Comune di Taviano (LE), rilasciata per mantenere un esercizio balneare composto da un chiosco prefabbricato e da un'area per lo stazionamento di pedalò da noleggio.

Con il ricorso di primo grado la predetta concessionaria aveva impugnato:

1) la delibera della Giunta Comunale di Taviano n. 101 del 4 marzo 2021, recante atto di indirizzo, con cui il Comune ha lasciato ai titolari di concessione demaniale marittima che abbiano chiesto la proroga ex l. n. 145/2018 la scelta tra la possibilità di avvalersi: A) della facoltà prevista all'art. 182, comma 2, del d.l. n. 34/2020 (normativa emergenziale recante la possibilità di proseguire nell'utilizzo dei beni del demanio marittimo a fronte del pagamento del canone previsto e senza devoluzione delle opere non amovibili); B) di una "*proroga tecnica*" di due anni della concessione.

2) la nota comunale del 4 marzo 2021, di comunicazione della delibera di cui al punto 1).

Richiamando proprie precedenti pronunce su analoga questione, con la sentenza appellata il T.A.R. ha annullato gli atti impugnati e dichiarato il diritto della parte ricorrente a conseguire la proroga del titolo concessorio ai sensi dell'art. 1, commi 682 e ss., della l. n. 145/2018, mentre non ha accolto la domanda di accertamento del diritto della stessa ricorrente al mantenimento delle strutture amovibili fino al 2033, giacché la predetta posizione soggettiva risulta correlata all'efficacia dei titoli edilizi e paesaggistici e conformata dalle relative prescrizioni.

Nell'appello il Comune di Taviano:

A) ripropone le eccezioni preliminari di rito sollevate nel giudizio di primo grado e, in specie, quelle di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio;

B) nel merito, deduce i seguenti motivi:

I) erroneità e contraddittorietà della motivazione relativa ai diversi capi della sentenza di primo grado, nonché violazione, falsa ed erronea interpretazione ed applicazione di leggi e regolamenti nazionali e comunitari, in quanto il primo giudice muoverebbe da una premessa non corretta (l'offerta da parte della P.A. di una proroga tecnica biennale “*condizionata*”), la quale porterebbe inevitabilmente a una conclusione errata;

II) erroneità e contraddittorietà della motivazione in relazione al contesto di riferimento, per quanto riguarda l'integrazione del sistema delle fonti, le direttive autoesecutive, la disapplicazione della norma, le sentenze della Corte di Giustizia, la primazia del diritto unionale e l'azione amministrativa, il rapporto tra la legge nazionale e la direttiva autoesecutiva, l'immediata esecutività della normativa unionale come presupposto della disapplicazione della norma nazionale, sulla considerazione che la cd. “*direttiva Bolkestein*” non sarebbe “*self executing*”.

Si è costituita in giudizio la sig.ra Lucia Cosima Fersini, depositando memoria in vista dell'udienza di merito e resistendo all'appello del Comune.

Con atto depositato il 31 agosto 2021 il Comune di Taviano ha dichiarato il venir meno dell'interesse alla discussione dell'istanza cautelare e di tale dichiarazione è stato dato atto con ordinanza della V Sezione n. 4995/2021 del 13 settembre 2021.

All'udienza pubblica del 10 maggio 2022 sono comparsi i difensori delle parti; di seguito, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Viene in decisione l'appello proposto dal Comune di Taviano contro la sentenza del T.A.R. Puglia – Lecce che, in accoglimento del ricorso della sig.ra Lucia Cosima Fersini, ha dichiarato il diritto della ricorrente alla proroga fino al 31 dicembre 2033, ai sensi dell'art. 1, commi 682 e segg., della l. n. 145/2018, della concessione

demaniale marittima di cui ella è titolare, annullando gli atti del Comune a mezzo dei quali la suddetta proroga era stata denegata.

Con il primo motivo dell'appello il Comune ha ripresentato, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., le eccezioni di inammissibilità già sollevate in primo grado in ragione del fatto che gli atti impugnati non arrecherebbero alcuna lesione alla ricorrente (odierna appellata), essendo ambedue gli atti privi di natura provvedimentoale.

In sintesi, la delibera della Giunta Comunale n. 101 del 4 marzo 2021 sarebbe un mero atto di indirizzo non vincolante, mentre la nota di pari data a firma del Responsabile del *S.U.A.P.* del Comune sarebbe un atto interlocutorio con cui la P.A. si è limitata a rispondere alla richiesta della parte privata del 24 febbraio 2021 di avere notizie sul rinnovo della concessione demaniale marittima.

Le suddette eccezioni sono prive di pregio.

Vero è che la nota a firma del responsabile *S.U.A.P.* del 4 marzo 2021, indirizzata alle imprese titolari di concessione demaniale marittima, si limita a comunicare in sintesi il contenuto della delibera della Giunta Comunale n. 101/2021, che viene trasmessa in allegato. Nondimeno, dalla lettura combinata di tali due atti si desume, senza ombra di dubbio, il rigetto della pretesa alla proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative fino al 31 dicembre 2033, che è il bene della vita avuto di mira dalla ricorrente (ed appellata).

Il ricorso era, pertanto, pienamente ammissibile, attesa la lesività degli atti impugnati per l'interesse azionato dalla sig.ra Fersini: donde l'infondatezza delle eccezioni di inammissibilità e, con esse, del motivo di gravame a mezzo del quale il Comune le ha riproposte.

Con i due motivi volti a far valere censure di merito il Comune di Taviano contesta, in estrema sintesi, che il T.A.R. non avrebbe considerato le indicazioni – provenienti da autorità sia amministrative che giurisdizionali e richiamate nella delibera della

Giunta Comunale gravata – circa il rapporto tra diritto interno e diritto unionale nella materia in esame e il conseguente obbligo dell'agente di non applicare la normativa interna sulle proroghe delle concessioni demaniali marittime, in quanto palesemente in contrasto con il diritto europeo.

A fronte di siffatte doglianze, l'appellata nel difendersi eccepisce l'insussistenza delle condizioni per applicare al caso che la riguarda l'art. 12 della cd. *direttiva Bolkenstein*: in particolare, mancherebbe la scarsità della risorsa naturale e il riferimento, contenuto nelle pronunce dell'Adunanza Plenaria, ai dati del SID non sarebbe corretto.

Eccepisce inoltre l'inapplicabilità della direttiva alle concessioni – come quella di cui è titolare – che sono state rilasciate in data anteriore alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva stessa (28 dicembre 2009).

Ancora, eccepisce che le direttive “*self executing*” produrrebbero effetti diretti verticali, ma non effetti verticali inversi, nel senso che il cittadino può far valere innanzi al giudice nazionale il diritto sancito dalla direttiva e non recepito o mal recepito dallo Stato membro, mentre non potrebbe ammettersi che sia lo Stato a imporre ai consociati obblighi scaturenti da una direttiva non recepita, ovvero recepita malamente.

I motivi del gravame sono fondati, mentre vanno disattese le eccezioni sollevate contro di essi dalla parte appellata.

Com'è ben noto, sulla questione controversa oggetto del presente appello si è espressa l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, con le sentenze 9 novembre 2021, nn. 17 e 18.

In antitesi alla sentenza di primo grado, l'Adunanza Plenaria ha affermato che le norme legislative nazionali di proroga automatica e generalizzata delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative, tra cui in particolare l'art. 1, comma 682, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, “*sono in*

contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione”, e che deve pertanto escludersi che gli attuali concessionari vantino alcun “diritto alla prosecuzione del rapporto” in virtù di proroghe legali generalizzate (cfr. i punti 1 e 2 dei principi di diritto enunciati dalla Plenaria).

L'Adunanza Plenaria ha, nondimeno, modulato gli effetti temporali dei principi affermati, al fine di *“evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere”,* nonché in considerazione *“dei tempi tecnici”* necessari per espletare le procedure competitive ai sensi dell'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE (cd. *direttiva Bolkenstein*): a tale scopo ha stabilito che le concessioni *“già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023”* (punto 3 dei principi di diritto).

Per quanto di interesse nel presente giudizio, l'Adunanza Plenaria ha evidenziato che le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative presentano un *“interesse transfrontaliero”* che rende il relativo affidamento soggetto al diritto sovranazionale. L'interesse in questione consiste nella *“indiscutibile capacità attrattiva verso le imprese di altri Stati membri”,* il quale trae origine dal *“dato di oggettiva e comune evidenza, legata alla eccezionale capacità attrattiva che da sempre esercita il patrimonio costiero nazionale (...) per conformazione, ubicazione geografica, condizioni climatiche e vocazione turistica”.* Su tale base si giustifica, dunque, l'applicazione alle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative delle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica di matrice europea, finalizzate ad aprire settori di interesse economico alla concorrenza ed a rimuovere situazioni di ostacolo all'ingresso di nuovi operatori, invece favorite da norme di proroga dei rapporti in essere.

In questa direzione l'Adunanza Plenaria ha considerato applicabile al settore *de quo* le disposizioni con finalità liberalizzatrici della direttiva europea sui servizi nel mercato interno, ed ha altresì ritenuto che, con specifico riferimento al demanio marittimo, fosse integrato il presupposto previsto dall'art. 12 della direttiva stessa, della *“scarsità delle risorse naturali”*, al ricorrere del quale i servizi, in cui sono ricompresi quelli inerenti all'uso del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative, devono essere affidati con procedure competitive. Al riguardo, dopo avere premesso che la scarsità va intesa in termini relativi – *“tenendo conto non solo della “quantità” del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato”* – l'Adunanza Plenaria ha sottolineato che il bene costiero in Italia rappresenta una risorsa scarsa, poiché i dati forniti dal sistema informativo del demanio marittimo (SID) del Ministero delle Infrastrutture rivelano che *“quasi il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune Regioni (come Liguria, Emilia-Romagna e Campania) arrivano quasi al 70%”*: a ciò vanno aggiunti i fenomeni dell'erosione, dell'inquinamento e dei limiti quantitativi di costa assegnabili in concessione stabiliti in molte Regioni, *“nella maggior parte dei casi”* coincidenti con la percentuale già assentita (cfr. par. 25).

Da ultimo, a confutazione dell'asserito carattere non autoesecutivo della direttiva n. 2006/123/CE l'Adunanza Plenaria ha invece affermato che l'art. 12 della stessa *“ha un livello di dettaglio sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga ex lege fino al 2033”* delle concessioni demaniali in questione *“e ad imporre, di conseguenza, una gara rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, mutuo riconoscimento e proporzionalità”* (cfr. par. 26).

Tutto ciò premesso, il carattere vincolante *ex art. 99, comma 3, c.p.a.* dei principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria conduce all'accoglimento dell'appello del Comune di Taviano, non ostando a tale conclusione le eccezioni sollevate dall'appellata.

Nello specifico, delle eccezioni basate sulla contestazione del requisito della “scarsità” della risorsa naturale e della pretesa natura non autoesecutiva della “direttiva Bolkenstein” si è già detto in sede di sintesi delle motivazioni della Plenaria. Qui mette conto solo aggiungere:

a) che le mappature versate in atti dall'appellata a comprova dell'assunto per cui non sarebbe vero – come sostenuto dall'Adunanza Plenaria – che i dati del SID parlano di un 50% della linea demaniale nazionale già in concessione, costituiscono documenti il cui deposito in appello è inammissibile, in quanto contrario al divieto di *nova* sancito dall'art. 104, comma 2, c.p.a.: né sussistono i presupposti, in presenza dei quali l'art. 104, comma 2, cit. consente di derogare al divieto, considerato, oltretutto, che trattasi di documenti risalenti al 2020 (a parte la lettera di accompagnamento in cima agli stessi, che reca, quale data di protocollazione, il 10 marzo 2022). A ciò nemmeno può ribattersi – come fa l'appellata – invocando la libera fruizione *on line* delle suddette mappature, che non può intendersi nel senso di consentire l'aggiramento delle regole processuali in materia di prove, tenuto anche conto che, secondo la giurisprudenza, le informazioni reperite *on line*, pur se facilmente accessibili tramite motore di ricerca “*internet*”, non costituiscono fatto notorio (per il quale vale la regola: “*notoria non egent probatione*”), poiché in tale ipotesi manca quella generalizzata cognizione di fatti e circostanze risapute da parte di soggetti di media cultura in un dato tempo e luogo che integra il fatto notorio (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 13 giugno 2019, n. 15897);

b) sempre in relazione alla “scarsità” della risorsa naturale, che il riferimento da parte dell'appellata all'assentibilità anche della costa rocciosa, mentre i dati citati dalla

Plenaria contemplerebbero solo la costa sabbiosa, è più che controbilanciato dal già visto richiamo, ad opera della Plenaria stessa, ai fenomeni di erosione, inquinamento ed “*abbandono*”, nonché ai limiti quantitativi di costa assentibile fissati in molti Regioni;

c) che per quanto riguarda il carattere autoesecutivo della direttiva, quelli che l'appellata definisce effetti verticali inversi (contestandone l'ammissibilità) altro non sono, in realtà, che l'obbligo di non applicare la norma interna contrastante con il diritto comunitario: obbligo che l'Adunanza Plenaria, ai paragg. 32 e segg., ha ritenuto che gravi in capo all'apparato amministrativo anche nei casi in cui il contrasto riguardi una direttiva “*self executing*”.

Mette conto sottolineare che neppure è predicabile la necessità di svolgere una valutazione caso per caso dell'interesse transfrontaliero, della cui esistenza potrebbe dubitarsi viste le ridotte dimensioni dell'area assentita in concessione all'odierna appellata.

Ed invero, da un lato occorre ribadire che l'Adunanza Plenaria ha considerato i due presupposti della scarsità della risorsa naturale e dell'interesse transfrontaliero in relazione al patrimonio costiero nazionale nella sua interezza. Per altro verso, legare l'accertamento del suddetto interesse, in sede di valutazione caso per caso, alla superficie assentita e alle dimensioni dell'azienda concessionaria (in un'ottica di esclusione delle fattispecie *de minimis*) comporta il rischio di un'agevole elusione della normativa eurounitaria attraverso la polverizzazione delle concessioni.

Un'ulteriore riflessione merita l'eccezione dell'appellata, che ritiene inapplicabile alla concessione di cui è titolare la direttiva n. 2006/123/CE per essere il rapporto concessorio sorto in data anteriore alla scadenza del suo termine di trasposizione (28 dicembre 2009), richiamando un recente arresto espressosi in questo senso ed invocando i principi dell'art. 11 delle preleggi (secondo cui la norma non può che

disporre per il futuro), di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento dei concessionari.

In contrario, però, si osserva che la Corte di Giustizia UE, nella nota sentenza del 14 luglio 2016, n. 458 (cd. *Promoimpresa*) – che ha dichiarato l’incompatibilità con l’art. 12 della direttiva in esame e con l’art. 49 TFUE di una normativa nazionale che preveda la proroga automatica delle autorizzazioni (concessioni) demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati – ha evidenziato come una giustificazione fondata sul principio della tutela del legittimo affidamento richieda “*una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell’autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti. Una siffatta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica istituita dal legislatore nazionale e applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione*” (parag. 56).

Orbene, nel caso di specie la sig.ra Fersini, pur avendo dedotto nel ricorso di primo grado la violazione del principio del legittimo affidamento, non ha allegato, né comprovato gli investimenti effettuati in ragione dell’aspettativa al rinnovo (*rectius*: proroga) della concessione demaniale: ciò, tenuto conto che per la stessa va considerato il periodo dal 21 novembre 2008 in poi (data del subingresso nella concessione) e, quindi, una fase storica in cui la “*direttiva Bolkenstein*” era già stata emanata, mentre il rilascio del primo titolo concessorio risale, come si legge nel ricorso, al 2002.

Per quanto riguarda, infine, il richiamo da parte della delibera della Giunta Comunale impugnata alla cd. moratoria emergenziale prevista dall’art. 182, comma 2, del d.l. 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”), conv. con l. 17 luglio 2020, n. 77, si sottolinea come la Plenaria abbia affermato che detta moratoria emergenziale “*presenta profili di incompatibilità comunitaria del tutto analoghi*” a quelli individuati in relazione alla proroga di cui all’art. 1, comma 682, della l. n. 145/2018, per la mancanza di “*alcuna ragionevole connessione tra la proroga delle concessioni e le conseguenze economiche derivanti dalla pandemia, presentandosi semmai essa come disfunzionale rispetto all’obiettivo dichiarato e di fatto diretta a garantire posizioni acquisite nel tempo*” (parag. 28).

In conclusione, contrariamente a quanto affermato dal T.A.R., la sig.ra Fersini non può beneficiare della proroga della propria concessione fino al 31 dicembre 2033 *ex art. 1, comma 682, della l. n. 145/2018*, essendo stata tale proroga giudicata in sede nomofilattica contraria al diritto eurounitario e perciò disapplicabile anche dall’Amministrazione concedente.

A tale stregua, dunque, l’appello è fondato e va accolto, con il corollario che, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado va respinto: ciò con l’avviso, già prima ricordato, del permanere dell’efficacia della concessione, in base all’insegnamento dell’Adunanza Plenaria, fino alla data del 31 dicembre 2023.

La natura delle questioni controverse, oggetto di un intervento nomofilattico dell’Adunanza Plenaria, giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2022, con l’intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Marco Morgantini, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

Brunella Bruno, Consigliere

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO