

**N. 05949/2013REG.PROV.COLL.
N. 04166/2013 REG.RIC.**



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4166 del 2013, proposto dalla Mistral Associazione Onlus, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Basso, con domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma, via Laura Mantegazza, 24

contro

Autorità Portuale del Levante di Bari, in persona del legale rappresentante; Guardia Costiera-Direzione Marittima di Bari-Capitaneria di Porto, in persona del legale rappresentante, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12

***per la corretta esecuzione dell' ordinanza cautelare del t.a.r. della puglia,
sezione iii, n. 256 del 2013***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale del Levante di Bari e della Guardia Costiera-Direzione Marittima di Bari-Capitaneria di Porto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2013 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Antonio Grumetto, nonché l'avvocato Sanino per delega dell'avvocato Basso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

La ricorrente Mistral associazione Onlus riferisce di aver ottenuto nel corso degli anni tre concessioni demaniali marittime per l'occupazione di spazi del demanio nel porto di Bari (molo San Cataldo), in scadenza al 31 dicembre 2013. Le concessioni in questione hanno ad oggetto lo svolgimento di attività in ambito portuale, ivi compreso il rimessaggio e ormeggio di imbarcazioni da diporto (in tal senso, la licenza suppletiva n. 62 del 2010).

Riferisce, altresì, che con istanza in data 13 luglio 2012 la stessa ricorrente era stata indotta, per esigenze riferibili alla stessa Autorità appellata (*i.e.*: al fine di garantire la migliore operatività dei mezzi d'opera in acqua per realizzazione di un eliporto), a chiedere la traslazione di 15 metri dei pontili galleggianti che già costituivano oggetto della licenza suppletiva n. 62/2010, nonché l'ampliamento di circa 4mila metri quadrati dello specchio acqueo dato in concessione. Ed infatti, con provvedimento di revoca parziale in data 1° agosto 2012 (e nelle more del rilascio della richiesta concessione su diverse aree portuali), l'Autorità revocava parzialmente i precedenti titoli per una superficie complessiva pari a 575 mq.

In data 21 gennaio 2013 la associazione appellante riceveva dall'Autorità portuale del Levante di Bari la nota prot. 900/2013 con la quale si anticipava che era stato favorevolmente concluso il procedimento istruttorio finalizzato al rilascio della licenza suppletiva alla licenza n. 21/2008 (come modificata dalle successive licenze suppletive numm. 76/2009, 11/2010 e 62/2010), volta allo spostamento del pontile. Con la medesima nota, l'Autorità portuale chiariva che, al fine di perfezionare il rilascio del titolo suppletivo, era soltanto necessario procedere al versamento (entro il termine perentorio di venti giorni) della complessiva somma di euro 3.977,66 per spese di istruttoria, canone e cauzione.

La medesima nota proseguiva sul punto affermando che *“al rilascio delle predetta licenza si procederà, previa esibizione della quietanza dei suddetti pagamenti (...) e previo deposito del documento debitamente autenticato comprovante l'elevazione della cauzione e di un assegno circolare non trasferibile emesso di un istituto bancario intestato alla Equitalia Sud s.p.a. dell'importo di 168/00 pari all'imposta di registrazione dello stipulando atto.*

Si avverte che, qualora codesta associazione non provveda a quanto sopra nel termine perentorio all'uopo assegnato, presumendosi il disinteresse al rilascio del predetto titolo, si procederà alla archiviazione della pratica”.

Ai limitati fini che qui rilevano si osserva che lo stesso giorno in cui l'associazione ricorrente aveva ricevuto la nota n. 900/2013 – testé descritta -, la stessa aveva richiesto all'Autorità portuale di prorogare al 31 dicembre 2020 delle licenze in atto, in asserita applicazione del comma 18 dell'articolo 1 del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194.

La richiesta in questione veniva respinta dall'Autorità con atto in data 29 gennaio 2013 (impugnato dinanzi al T.A.R. della Puglia con il ricorso

348/2013)

Nel frattempo, l'associazione ricorrente aveva provveduto a versare le somme richieste con la nota dell'Autorità n. 900/2013.

Ciononostante, con la nota n. 1838 del 2013 (anch'essa impugnata dinanzi al T.A.R. con il ricorso n. 348/2013) l'Autorità rappresentava che non avrebbe proceduto a rilasciare la richiesta licenza suppletiva, non avendo l'odierna appellante provveduto a versare le somme indicate nella precedente nota n. 900/2013 secondo le modalità ed entro i termini ivi previsti.

In particolare, l'Autorità rappresentava che il rifiuto si giustificava in quanto *“codesta Onlus non ha eseguito tutti gli adempimenti richiesti con il foglio prot. 900 del 21 gennaio 2013, in quanto l'accredito della somma di cui sopra risulta in data 12 febbraio 2013 ed ancora non è stato depositato il documento comprovante l'elevazione della cauzione, risultando irrilevante, ai fini del rispetto del ripetuto termine, la dichiarazione Unipol Assicurazioni spa di emettere apposita appendice “entro la fine della prossima settimana”.*

Inoltre da una verifica contabile è emerso che, per un mero errore materiale, l'importo dovuto a titolo di indennizzi per l'occupazione abusiva contestato con il foglio prot. 1098 del 7 febbraio 2012 è stato liquidato in € 121,67, anziché in € 4.272,87, sicché codesta Onlus deve pagare il conguaglio (...).”

Nel costituirsi in giudizio dinanzi al T.A.R., l'Autorità portuale rappresentava per la prima volta in sede giudiziale taluni profili in fatto e in diritto (ulteriori e diversi rispetto a quelli che erano stati posti a fondamento dell'atto di diniego ritualmente impugnato) i quali avrebbero comunque impedito – e in modo autonomo – il rilascio della richiesta licenza suppletiva.

Con ordinanza n. 256/2013, il T.A.R. adito respingeva l'istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati, osservando che “ *[sembra sussistere] la giurisdizione del giudice ordinario relativamente alla determinazione del canone demaniale (cfr. TAR Bari, Sezione II, n. 1846/2012, confermata da Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 6587/2012) ed emergono profili che inducono a ritenere infondato il ricorso relativamente alla proroga ex lege del termine di durata della concessione, non rientrando l'attività della associazione ricorrente fra quelle previste dall'art. 1, comma 18, del D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, come modificato dall'art. 1, comma 1, L. 26 febbraio 2010, n. 25, dall' art. 34-duodecies, comma 1, D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221 e, successivamente, dall' art. 1, comma 547, L. 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal 1° gennaio 2013*”.

L'ordinanza in questione (ritualmente gravata in appello dall'associazione Mistral) è stata riformata da questo Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 2760/2013, oggetto del presente ricorso per ottemperanza.

Con tale ordinanza questo Giudice di appello, in riforma dell'ordinanza gravata, ha sospeso in via cautelare i provvedimenti di segno negativo impugnati in primo grado e ha statuito che “ (...) *le questioni relative all'applicabilità alle vicende di causa della previsione di cui all'articolo 1, comma 18 del decreto-legge 194 del 2009 – nonché, più in generale, le questioni relative alla durata della concessione demaniale – meritano un maggiore approfondimento in sede di merito; (...) invece, appaiono meritevoli di accoglimento i motivi di ricorso con cui si sono censurate le ragioni di reiezione fondate sul mancato, tempestivo versamento di canoni e spese di istruttoria*”.

All'indomani dell'ordinanza appena richiamata, l'Autorità portuale ha adottato una nuova nota (la n. 9008/2013) con la quale, invece di limitarsi a

dare seguito a quanto statuito in sede di appello dal Giudice della cautela, ha preannunciato l'avvio di un complessivo riesame della fattispecie, chiedendo all'associazione richiedente di fornire elementi di riscontro in ordine ad alcuni (dodici) aspetti potenzialmente preclusivi al rilascio della richiesta licenza suppletiva (si tratta, a ben vedere, di elementi in larga parte coincidenti con le ragioni ostantive al rilascio della licenza suppletiva che l'Autorità aveva individuato in sede di giudizio di primo grado).

A fronte dell'atto in questione, l'associazione Mistral Onlus ha proposto il ricorso per ottemperanza in epigrafe, chiedendo a questo Giudice dell'esecuzione di dichiarare che tale atto sia affetto da radicale nullità in quanto adottato in violazione e/o elusione rispetto al giudicato cautelare formatosi per effetto della più volte richiamata ordinanza n. 2760/2013.

Si è costituita in giudizio l'Autorità portuale del Levante la quale ha concluso nel senso della reiezione del ricorso.

Alla Camera di consiglio del 25 ottobre 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso proposto da un'associazione attiva nel settore portuale al fine di ottenere la corretta esecuzione dell'ordinanza del Consiglio di Stato n. 2760/2013 con cui è stata riformata l'ordinanza del T.A.R. della Puglia con la quale era stata respinta l'istanza cautelare avverso gli atti con cui l'Autorità portuale di Bari ha respinto l'istanza finalizzata al rilascio di una licenza suppletiva in ambito portuale per il mancato pagamento nei termini delle somme a tal fine richieste.

2. Il ricorso per ottemperanza è fondato nei termini che seguono.

2.1. Secondo principi più che consolidati, il contenuto conformativo

rinveniente dal “giudicato”, (qui inteso in senso delimitato alla fase cautelare e, perciò, in senso descrittivo della esecutività del relativo provvedimento definitivo). oggetto di esecuzione, deve essere desunto dalle concrete statuizioni rinvenibili dalla decisione oggetto di ottemperanza, nell’effettivo atteggiarsi della specifica vicenda fattuale e procedimentale.

Ne consegue che il concreto apprezzamento della vicenda fattuale nel cui ambito si inserisce la fase dell’ottemperanza costituisce un imprescindibile passaggio per giungere a determinare il contenuto effettivo dell’attività da realizzare in sede di riedizione. E un siffatto apprezzamento si rende tanto più necessario nelle ipotesi in cui (come nel caso – che qui ricorre – dell’esecuzione di ordinanze cautelari) il *iussum* giudiziale pervenga all’esito di una fase a cognizione sommaria e si estrinsechi in un provvedimento decisorio assistito da motivazione necessariamente succinta.

In tali ipotesi, l’esatta ricostruzione del quadro fattuale e procedimentale nel cui ambito dovrà esplicarsi l’attività di riedizione implica il riconoscimento di un valore determinante (e talora di sostanziale integrazione ai fini conoscitivi) alle vicende del rapporto giuridico sotteso e agli atti in cui esso si è concretato.

2.2. Ebbene, ricostruiti in tal modo i termini sistematici della questione, appare determinante, ai fini della definizione del presente ricorso in ottemperanza, richiamare lo stato effettivo del procedimento amministrativo all’origine dei fatti di causa al momento in cui è stato adottato il provvedimento di rigetto in data 12 marzo 2013.

Il provvedimento in questione è intervenuto nell’ambito di una serie procedimentale che era stata caratterizzata dall’adozione, da parte dell’Autorità, della nota prot. 900/2013.

La nota in questione, come si è anticipato in premessa, aveva affermato *claris verbis* che il procedimento istruttorio finalizzato al rilascio della richiesta licenza suppletiva si era “*concluso favorevolmente*” e che l’unica condizione posta all’effettivo rilascio del titolo era rappresentata dal versamento di alcune somme a titolo di spese di istruttoria, canone ed elevazione della cauzione in atto.

In questa fase del procedimento, l’amministrazione (per sua stessa ammissione, ormai pronta ad emanare la richiesta licenza suppletiva all’unica condizione del pagamento delle ridette somme) non aveva individuato alcuna delle ulteriori (dodici) ragioni di diniego che solo in seguito sono esposte negli scritti difensivi di primo grado e poi con la nota del 2 agosto 2013

E l’ordinanza cautelare oggetto del presente ricorso per ottemperanza era, appunto, intervenuta a confutare le ragioni di diniego fondate sul presunto, intempestivo versamento dei canoni e delle spese di istruttoria (*i.e.*: si era pronunciata sulle uniche ragioni che, fino a quel momento dell’*iter* amministrativo finalizzato al rilascio del titolo richiesto, risultavano dirimenti al fine di accordare o negare il rilascio stesso).

2.3. Ne consegue che, in sede di riedizione del potere a seguito dell’adozione dell’ordinanza n. 2760/2013, l’Autorità non poteva introdurre nell’ambito della fattispecie presunti elementi ostativi mai fino a quel momento ritualmente opposti (se non – in modo intempestivo – nella sede giudiziale), discostandosi in modo inammissibile da quanto la stessa Autorità aveva affermato appena pochi mesi prima con la più volte richiamata nota n. 900/2013.

2.4. Si ritiene, in definitiva, che nel caso di specie debba farsi applicazione

del principio secondo cui, in caso di sospensione in sede giudiziale di un atto negativo, non è ammissibile che l'amministrazione limiti la propria attività conformativa alla mera rimozione del provvedimento negativo oggetto d'impugnativa (ovvero – come nel caso di specie – alla conferma del diniego attraverso l'introduzione nella serie procedimentale ormai sostanzialmente conclusa di nuovi elementi ostativi fino a quel momento mai dichiarati). Ed infatti, in tal modo operando, l'amministrazione determina il venir meno del *continuum* funzionale (anche in chiave procedimentale) che necessariamente deve intercorrere fra lo *iussum* giudiziale e le conseguenze conformative, risolvendosi nella riedizione del potere, secondo l'assetto delineato con il comando del giudice (in tal senso: Cons. Stato, III, 13 settembre 2012, n. 4887).

3. Per le ragioni sin qui esposte, il ricorso in ottemperanza in epigrafe deve essere accolto e per l'effetto, ai sensi dell'articolo 114, comma 4, lettera b) del cod. proc. amm., deve essere dichiarata la nullità dell'atto dell'Autorità in data 2 agosto 2013 in quanto violativo del *decisum* esecutivo cautelare rinveniente dall'ordinanza di questo Consiglio n. 2760/2013.

Conseguentemente, l'amministrazione intimata dovrà provvedere, nelle more della decisione sul ricorso di primo grado e non oltre il trentesimo giorno dalla comunicazione in via amministrativa della presente ordinanza, al rilascio della licenza suppletiva alla licenza n. 21/2008 (come modificata dalle successive licenze suppletive numm. 76/2009, 11/2010 e 62/2010), finalizzata allo spostamento del pontile, secondo quanto più compiutamente riportato in premessa.

In caso di infruttuoso decorso del richiamato termine di 30 giorni, al rilascio del richiamato titolo provvederà, su semplice richiesta

dell'associazione ricorrente, un Commissario *ad acta* che sin da ora viene nominato nella persona del Prefetto di Bari, il quale potrà provvedervi attraverso un proprio delegato.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto:

dichiara la nullità dell'atto dell'Autorità in data 2 agosto 2013 in quanto violativo del *decisum* esecutivo cautelare rinveniente dall'ordinanza cautelare di questo Consiglio n. 2760/2013;

ordina all'amministrazione di provvedere, nelle more della decisione sul ricorso di primo grado e non oltre il trentesimo giorno dalla comunicazione in via amministrativa della presente ordinanza, al rilascio della licenza suppletiva alla licenza n. 21/2008 (come modificata dalle successive licenze suppletive numm. 76/2009, 11/2010 e 62/2010), finalizzata allo spostamento del pontile;

stabilisce che, in caso di infruttuoso decorso del richiamato termine di 30 giorni, al rilascio del richiamato titolo provvederà, su semplice richiesta dell'associazione ricorrente, un Commissario *ad acta* che sin da ora viene nominato nella persona del Prefetto di Bari, il quale potrà provvedervi attraverso un proprio delegato;

Condanna l'Autorità portuale di Bari alla rifusione delle spese, che liquida in complessivi euro 1.500 (millecinquecento), oltre gli accessori di legge.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/12/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)