

Publicato il 28/02/2017

N. 00924/2017REG.PROV.COLL.
N. 07106/2016 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7106 del 2016, proposto dall'Impresa Pietro Cidonio S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Pellegrino e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11

contro

Regione Puglia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Leonilde Francesconi e Marco Ugo Carletti, con domicilio eletto presso la Delegazione della Regione Puglia in Roma, via Barberini, 36;

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Agenzia del Demanio Puglia e Basilicata, Provveditorato OO.PP. della Puglia e della Basilicata, Capitaneria di Porto di Manfredonia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12

Comune di Rodi Garganico, in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Nino Sebastiano Matassa, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2
per la riforma della sentenza del T.A.R. della Puglia, Sezione III, n. 690/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Puglia, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, dell' Agenzia del Demanio per la Puglia e la Basilicata, del Provveditorato per le OO.PP. per la Puglia e la Basilicata, del Comune di Rodi Garganico e della Capitaneria di Porto di Manfredonia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Giovanni Pellegrino, l'avvocato Pardini per delega dell'avvocato Francesconi, l'avvocato Carletti, l'avvocato dello Stato Pio Marrone e l'avvocato Matassa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al TAR della Puglia e recante il n. 690/2016 l'odierna appellante Impresa Pietro Cidonio chiedeva l'accertamento dell'obbligo per la Regione Puglia di prendere atto della sua rinuncia alla concessione demaniale, nella cui titolarità era subentrata al Comune di Rodi Garganico per effetto del provvedimento regionale n. 2 del 22 maggio 2012, e di prendere conseguentemente in consegna le aree anteriormente concesse in uso, con condanna delle Amministrazioni intimete al risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento di detto obbligo.

Riferiva a tal fine che, dopo averne conseguito l'aggiudicazione all'esito di licitazione privata ai sensi dell'articolo 142 e seguenti del decreto

legislativo 12 aprile 2006, n. 163, aveva stipulato, con il Comune di Rodi Garganico, il contratto del 17 marzo 2007, avente ad oggetto:

- la progettazione esecutiva, la realizzazione del porto turistico del Comune, la manutenzione ordinaria e straordinaria del bacino portuale, delle opere a terra e a mare e dei relativi impianti e servizi portuali, con le modalità indicate nell'offerta di gara;
- la corresponsione al Comune di una percentuale sui proventi della gestione con un minimo annuo di euro centomila, a fronte del corrispettivo diritto alla gestione delle opere, al trasferimento in proprietà, da parte del Comune, di un complesso immobiliare (Foro Boario), da destinare ad infrastrutture ricettive necessarie a completare l'offerta da rivolgere ai potenziali utenti dei servizi portuali;
- il finanziamento, da parte del Comune, di euro 3.240.000 per la realizzazione delle opere portuali.

La Regione Puglia, con atto del 22 maggio 2012, ha quindi consentito il subingresso dell'impresa nella concessione demaniale, richiamando il contratto di concessione di lavori pubblici del 17 marzo 2007 stipulato dalla ricorrente e dal Comune di Rodi Garganico.

In fase di esecuzione del contratto, l'impresa avrebbe realizzato le opere convenute, ma il Comune sarebbe venuto meno agli impegni assunti, non consegnando il compendio immobiliare dell'ex Foro Boario, opponendosi all'esercizio, da parte dell'impresa, della facoltà di iscrivere ipoteca sulle opere portuali, rifiutandosi di rimborsare le spese (progettazione, direzione lavori, approntamento delle procedure di gara etc.) delle quali la ricorrente si era fatta carico a fronte di detta facoltà prevista nel contratto con clausola poi dichiarata nulla con sentenza definitiva.

Inoltre il Comune avrebbe versato il contributo di euro 3.200.000 al netto dell'I.V.A., traslandone illegittimamente l'onere a carico dell'impresa.

Infine il Comune sarebbe venuto meno all'obbligo di rimborsare alla ricorrente le spese sostenute per il dragaggio dell'area portuale interessata

da ciclici fenomeni di insabbiamento.

Al rifiuto del Comune di rinegoziare le condizioni contrattuali, ai sensi dell'articolo 143 del decreto legislativo n. 163 del 2006, l'impresa ha fatto seguire una diffida ad adempiere, cui sarebbe sopravvenuta la risoluzione di diritto del contratto per inadempimento del Comune.

Su tale presupposto la ricorrente comunicava, quindi, alla Regione la rinuncia al titolo concessorio, con decorrenza dal giorno 1 giugno 2015, cui facevano seguito solo note interlocutorie fra gli Enti interessati, a vario titolo, della vicenda.

La ricorrente lamentava pertanto, con il ricorso di primo grado, l'inadempimento dell'obbligo della Regione di prendere atto della cessazione del rapporto concessorio, derivante dalla rinuncia di essa concessionaria, e di prendere in consegna l'area demaniale e le opere che vi insistono, ai sensi dell'art. 49 cod. nav.

Con successivi motivi aggiunti, l'odierna appellante chiedeva l'annullamento dell'atto in data 24 settembre 2015 con cui la Regione Puglia (su conforme parere del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti) riteneva insussistente una generalizzata facoltà per la concessionaria di rinunciare al titolo concessorio al di fuori delle puntuali ipotesi contemplate dall'articolo 44 del Codice della Navigazione.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito ha respinto il ricorso e i successivi motivi aggiunti ritenendone l'infondatezza.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dall'Impresa Pietro Cidonio la quale ne ha chiesto la riforma articolando un unico, complesso motivo di appello.

Si è costituita in giudizio la Regione Puglia la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Si è altresì costituito in giudizio il Comune di Rodi Garganico il quale ha a propria volta concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Alla pubblica udienza del 26 gennaio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dall'Impresa Piatro Cidonio s.p.a. (titolare di una concessione demaniale marittima nell'ambito del porto di Rodi Garganico - FG) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Puglia con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui la Regione ha negato la sussistenza in capo all'appellante della facoltà di rinunciare alla concessione demaniale marittima di durata trentennale che l'odierna appellante intendeva invece dismettere.

2. Come si è anticipato in narrativa, l'appellante contesta sotto molteplici profili l'erroneità della sentenza impugnata (e, prima ancora, degli atti regionali con cui è stata esclusa la rinunziabilità della concessione demaniale marittima da parte del concessionario sulla scorta di un conforme parere reso dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) sia perché la negazione della rinunziabilità non sarebbe conforme al diritto positivo, sia perché tale esclusione risulterebbe in palese contrasto con il complessivo contegno amministrativo serbato nel corso del tempo da parte delle amministrazioni appellate.

3. il Collegio ritiene che, al fine di impostare in modo corretto l'*ordo quaestionum*, occorra dapprima affrontare la generale questione di ordine sistematico dinanzi richiamata e dipoi di esaminare i lamentati profili di contraddittorietà che caratterizzerebbero l'operato delle amministrazioni.

4. Osserva in primo luogo il Collegio che la sentenza in epigrafe è meritevole di riforma laddove ha stabilito che l'ordinamento positivo ammetterebbe la possibilità per il titolare di rinunciare alla concessione demaniale marittima nelle sole ipotesi tassativamente indicate dall'articolo 44 del cod. nav. (*i.e.*: in caso di revoca parziale della concessione da parte dell'amministrazione concedente; di impossibilità sopravvenuta di utilizzo

della concessione per effetto della realizzazione di opere pubbliche e di totale impossibilità di sua utilizzazione).

Ritiene in contrario il Collegio che le richiamate ipotesi codicistiche non assumano valenza tassativa, ma che rappresentino soltanto l'esplicitazione di alcune fra le più importanti ipotesi di possibile rinuncia, senza che possa affermarsi che la mancata menzione di talune ulteriori ipotesi ne palesi la radicale inconfigurabilità dal punto di vista sistematico.

Ritiene anzi il Collegio che le richiamate ipotesi codicistiche non rappresentino altro, se non la conferma – riferita a talune ipotesi puntuali ritenute dal Legislatore particolarmente significative – dell'esistenza di un più generale principio di rinunziabilità delle concessioni demaniali marittime attraverso l'espressione di una volontà di carattere abdicativo idonea ad incidere sia sulla pristina istanza di rilascio del provvedimento ampliativo, sia sulla permanente idoneità dell'atto bilaterale *medio tempore* stipulato a produrre ulteriori effetti.

Deve aggiungersi al riguardo che, anche riconoscendo il carattere di specialità che caratterizza la disciplina codicistica in tema di rinunziabilità delle concessioni, ciò non impedisce in alcun modo che, al di fuori delle ipotesi puntualmente disciplinate dal richiamato articolo 44 trovino nondimeno applicazione i generali principi in tema di rinunziabilità dei diritti di godimento (sul punto, v. *infra*).

5. Osserva in secondo luogo il Collegio che, sulla scorta di un condiviso orientamento, la concessione di un bene finalizzata - e, per così dire, 'funzionalizzata - ad un determinato uso (come accade nel caso delle concessioni di cui si discute) dà luogo a un diritto di godimento sulla *res* e non a un diritto reale d'uso (configurazione, quest'ultima, cui osta il principio di tipicità e nominatività dei diritti reali – in tal senso: Cass. Civ., sent. 26 febbraio 2008, n. 5034 -).

Ma se l'instaurazione del rapporto concessorio fa sorgere in capo al beneficiario e nei confronti dell'amministrazione concedente un diritto di

godimento (che si distingue dal complesso di diritti e facoltà che il medesimo beneficiario può vantare ed esercitare nei confronti dei terzi estranei al rapporto concessorio), deve coerentemente ammettersi la possibilità per il suo titolare di esprimere atti idonei a determinare l'abdicazione al diritto all'uso esclusivo del bene dato in concessione.

Ne consegue che non possa essere condivisa la tesi dei primi Giudici secondo cui, stante il carattere sostanzialmente sinallagmatico del rapporto concessorio, il vincolo reciproco potrebbe essere sciolto soltanto per mutuo consenso ai sensi dell'articolo 1372 cod. civ.

Si osserva al riguardo che, anche a voler valorizzare i reciproci diritti ed obblighi scaturenti dal rapporto concessorio, non può condividersi la tesi del suo carattere intrinsecamente sinallagmatico, non potendosi convenire sul fatto che il reciproco condizionamento fra le obbligazioni poste a carico dell'amministrazione concedente e del concessionario rappresenti l'*ubi consistam* della stessa instaurazione del rapporto.

Pertanto, pur ammettendosi che la concessione possa essere risolta per mutuo consenso fra le parti (con effetti riconducibili a quelli di cui all'articolo 1372, cit.), non può invece convenirsi sul fatto che tale modalità assuma valenza – per così dire - tipica e paradigmatica ai fini della risoluzione, dovendosi al contrario ammettere che l'effetto solutorio possa essere altresì connesso all'espressione di una volontà abdicativa del diritto di godimento da parte del titolare.

6. La sentenza in epigrafe deve quindi essere sul punto riformata.

7. E' altresì meritevole di accoglimento il motivo con cui si è lamentata la sostanziale contraddittorietà che ha caratterizzato il complessivo contegno serbato dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti (il cui parere in data 24 settembre 2015 ha influenzato in modo determinante gli esiti della vicenda amministrativa per cui è causa).

Ed infatti, emergono in atti obiettivi profili di contraddittorietà fra:

- (da un lato) le posizioni assunte dal Ministero appellato con la circolare in data 24 maggio 2001 (con la quale si è affermata in via generale la rinunziabilità delle concessioni demaniali marittime da parte del titolare, sì da indurre lo stesso Ministero a predisporre un apposito modello finalizzato a manifestare la volontà di rinunciare) e

- (dall'altro) la posizione espressa con il richiamato parere in data 24 settembre 2015 (negatoria della possibilità di rinunciare agli effetti della concessione), di fatto antitetica rispetto a quanto sino a quel momento sostenuto dagli Organi ministeriali.

Né può ritenersi che la richiamata contraddittorietà (e la conseguente antinomia operativa) potesse in qualche modo essere risolta e giustificata in base all'argomento profuso dalla Regione Puglia, la quale ha suggerito una sostanziale distinzione fra: *i*) le concessioni rilasciate per licenza (per le quali la rinunzia sarebbe ammessa) e *ii*) quelle rilasciate con atto formale anche ai fini della gestione di porti turistici (per le quali la rinunzia resterebbe invece preclusa).

Va premesso al riguardo che la richiamata distinzione (in se non implausibile) non emerge in alcun modo né dalla richiamata circolare ministeriale del maggio 2001, né dal modello cartaceo messo a disposizione del pubblico (modello che, al contrario, richiama in modo espresso entrambe le tipologie di concessione).

Ma anche a riguardare la questione dal punto di vista sostanziale, prevalenti elementi di ordine sistematico depongono nel senso di negare che la rinunziabilità degli effetti della concessione possa essere condizionata dalla diversa tipologia dell'atto con cui essa è stata inizialmente assentita (non a caso, la più volte richiamata circolare ministeriale ammetteva in modo espresso la rinunziabilità anche delle concessioni rilasciate con atto formale, quale quella all'origine dei fatti di causa).

8. Ed ancora, la sentenza in epigrafe è meritevole di riforma per la parte in cui i primi Giudici hanno ritenuto che la tesi della non rinunziabilità delle

concessioni demaniali marittime sarebbe in qualche misura suffragata dal diritto eurounitario il quale ricostruisce il fenomeno concessorio in chiave tipicamente convenzionale, imponendo la sua configurazione in termini di rapporto bilaterale complesso di natura essenzialmente contrattuale.

Si osserva in contrario che il diritto eurounitario (il quale, pure, configura la concessione come ‘contratto’) risulta di fatto indifferente in ordine alle modalità dismissive degli effetti della concessione, evidentemente rimesse alle libere determinazioni disciplinari degli Stati membri.

Del resto, anche all’indomani del parziale ravvicinamento delle legislazioni nazionali che ha di recente interessato l’istituto concessorio (ci si riferisce in particolare alla Dir. 214/23/UE) l’Ordinamento UE non ha fissato alcuna disposizione relativa al tema delle modalità dismissive, né può in alcun modo ritenersi che il divieto per il beneficiario di adottare atti rinunziativi costituisca – come invece ritenuto dai primi Giudici – una sorta di automatico corollario della qualificazione convenzionale dell’Istituto.

Deve aggiungersi per ragioni di completezza che, ai sensi del Considerando 15 della Direttiva concessioni del 2014, “taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni (...), mediante i quali lo Stato oppure l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d’uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva”. Il che, a tacere d’altro, depone ulteriormente nel senso del carattere non dirimente dei rilievi svolti dai primi Giudici sulla scorta delle previsioni del diritto UE.

Né le tesi trasfuse nella sentenza in epigrafe potrebbero essere confermate laddove si ritenesse (il che non è comunque pacifico) che la concessione all’origine dei fatti di causa rientri nell’ambito applicativo della Dir.

2006/123/CE (c.d. ‘Direttiva Bolkestein’) e dei conseguenti atti interni di recepimento, i quali non disciplinano in alcun modo le modalità di dismissione delle concessioni *rectius*: delle “autorizzazioni”, per utilizzare le categorie di cui alla medesima direttiva del 2006).

9. in base a quanto sopra esposto l’appello in epigrafe deve essere accolto e devono essere conseguentemente annullati gli atti con cui gli Uffici della Regione Puglia hanno negato la rinunziabilità della concessione, nonché il parere regionale sotteso a tale negazione.

10. L’appello in epigrafe deve invece essere respinto per la parte relativa alla domanda risarcitoria già articolata in primo grado e qui puntualmente riporposta.

Al riguardo ci si limita ad osservare che l’appellante non ha allegato in atti specifici elementi idonei a suffragare (nell’*an* e nel *quantum*) la tesi secondo cui la stessa avrebbe ritratto nell’ambito della complessiva vicenda un ingiusto danno patrimoniale derivante dagli oneri sostenuti a fronte del rifiuto dell’amministrazione concedente di prendere atto della rinunzia sin dal momento della sua iniziale formulazione.

In particolare l’appellante non ha prodotto in atti alcun elemento concreto atto a dimostrare (sia pure attraverso un principio di allegazione) che la gestione della concessione comunque protrattasi nel tempo abbia prodotto un risultato univocamente quanto ingiustificatamente negativo

11. Esula invece dall’ambito della giurisdizione di questo Giudice amministrativo qualunque pronuncia in ordine alle conseguenze che la rinunzia esercitata dall’appellata produrrà in ordine ai rapporti di credito e debito nei confronti dell’amministrazione concedente.

La Regione Puglia e il Comune di Rodi Garganico hanno osservato al riguardo che non potrebbe ammettersi l’incondizionata rinunziabilità degli effetti della concessione in particolare considerando che l’odierna appellante ha percepito nel corso degli anni – e in ragione appunto

dell'esistenza e della durata titolo concessorio – ingenti finanziamenti pubblici.

Risulta altresì in atti che l'appellante abbia altresì percepito rilevanti corrispettivi dai privati acquirenti dei posti barca, dei locali commerciali e dei posti auto realizzati in ambito portuale.

Ebbene, pur dovendosi escludere che la rinuncia esercitata dall'appellante resti radicalmente priva di conseguenze sul piano economico/patrimoniale, deve tuttavia osservarsi che il complesso dei rapporti in tal modo posti in essere esula dalla giurisdizione di questo Giudice amministrativo concernendo in parte “indennità, canoni e altri corrispettivi” (art. 133, co. 1, lettera b) del cod. proc. amm.) e in parte rapporti di carattere negoziali stipulati con soggetti privati i cui effetti esulano della cognizione demandata a questo Giudice amministrativo.

12. Per le ragioni dinanzi esposte l'appello in epigrafe deve essere accolto nei sensi di cui ai precedenti punti 9, 10 e 11.

La complessità e parziale novità della *res controversa* giustifica l'integrale compensazione delle spese del doppio grado fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente FF, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Claudio Contessa

IL SEGRETARIO