

anno 5 numero 3 maggio giugno 2015

ISBN 978-88-6907-133-1

# PATRIMONIO PUBBLICO

*demanio, patrimonio  
e beni pubblici*

notiziario bimestrale  
di giurisprudenza

EXEO<sup>3</sup>edizioni

professionisti  
pubblica amministrazione

# PATRIMONIO PUBBLICO

*demanio, patrimonio e beni pubblici*

**notiziario bimestrale  
di giurisprudenza**

**anno 5 numero 3  
maggio giugno 2015**





fax: 049 9710328 email: [info@exeo.it](mailto:info@exeo.it)

---

La presente pubblicazione è composta da una selezione delle notizie più lette - derivanti dalla giurisprudenza in materia di demanio, patrimonio e beni pubblici - pubblicate nel bimestre di riferimento dalla rivista telematica [www.patrimoniopubblico.it](http://www.patrimoniopubblico.it). Alle massime/sintesi sono associati i brani pertinenti originali delle sentenze a cui si riferiscono.

Copyright © 2015 Exeo S.r.l.. Tutti i diritti riservati. Le massime/sintesi, quando costituiscono una rielaborazione delle pronunce da cui sono tratte, sono opera protetta dal diritto di autore e possono essere utilizzate solo citando la fonte e per fini non commerciali. La classificazione delle stesse e il titolo della notizia costituiscono parimenti opera protetta dal diritto di autore, di cui nessun uso è consentito senza l'autorizzazione di Exeo srl. Quanto alla riproduzione delle sintesi/massime, sono consentite esclusivamente citazioni in virgolettato a titolo di cronaca, studio, critica, recensione, attività della pubblica amministrazione o professionale, accompagnate dall'indicazione della fonte. Ogni altra riproduzione anche parziale e con qualsiasi mezzo è vietata senza l'autorizzazione scritta dell'editore. È consentita la stampa e l'utilizzo in più dispositivi ad esclusivo uso personale della persona fisica acquirente, o del singolo destinatario del prodotto in caso di soggetto acquirente diverso da persona fisica: ogni diversa utilizzazione e diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque altro, è vietata. Sarà perseguita nelle sedi opportune ogni violazione dei diritti d'autore e di editore. Alle violazioni si applicano le sanzioni previste dagli art. 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della legge 633/1941.

Disclaimer: pur compiendo ogni ragionevole sforzo per assicurare che le massime/sintesi siano elaborate con la cura necessaria, si avverte che errori, inesattezze, ambiguità od omissioni sono sempre possibili, anche a causa dell'intrinseca complessità della materia e dell'incessante susseguirsi di svariati orientamenti giurisprudenziali di cui può essere dato conto solo parzialmente. Con riguardo a ciò, l'editore, il curatore e gli autori si esimono da ogni responsabilità, invitando l'utente a verificare in ogni caso la massima di interesse con il contenuto della relativa sentenza nel suo testo originale.

Numero finito di elaborare il giorno 1 luglio 2015 | Materia: beni pubblici | Tipologia: notiziario | Formato: digitale, pdf. | ISBN 978-88-6907-133-1 | Prezzo: € 25,00 IVA compresa singolo numero | Collana: asservatorio di giurisprudenza, diretta da Paolo Loro | Nic: 243 | codice: PAT27 | Acquisto, pagamento e consegna del prodotto avvengono esclusivamente via internet tramite il sito [www.exeo.it](http://www.exeo.it). | Editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 15200/2007 c. s. i. v. € 10.000,00, sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova - sede operativa: via Dante Alighieri 6 int. 1 35028 Piove di Sacco PD Luogo di elaborazione presso la sede operativa. L'editore ringrazia per ogni segnalazione o suggerimento inviato a [redazione@exeo.it](mailto:redazione@exeo.it).



professionisti

pubblica amministrazione

[www.patrimoniopubblico.it](http://www.patrimoniopubblico.it) - [www.territorio.it](http://www.territorio.it) - [www.exeoedizioni.it](http://www.exeoedizioni.it)

non può non essere interpretato mettendolo anche in relazione con il secondo comma dell'art. 93 (collocato nel medesimo Capo del r.d. n. 523/1904, dedicato alla polizia delle acque pubbliche) in cui si chiarisce che «formano parte degli alvei i rami o canali, o diversivi dei fiumi, torrenti, rivi e scolatoi pubblici, ancorché in alcuni tempi dell'anno rimangono asciutti». La questione potrebbe semmai assumere rilevanza ai diversi fini della sussistenza anche del vincolo paesaggistico, di cui alla disciplina confluita nell'art. 142 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (su cui, con specifico riferimento alla questione dell'interpretazione dei termini “fiume”, “torrente”, “corso d'acqua” e relative implicazioni, cfr. C.d.S., sez. VI, 4 febbraio 2002, n. 657). Tuttavia, la rilevanza di quella questione resta assorbita dall'applicazione dell'art. 96 cit., di per sé sufficiente a sorreggere le determinazioni qui impugnate, che su quest'ultima previsione parimenti si fondano. Inoltre, una compiuta disamina della questione del vincolo paesaggistico non potrebbe prescindere da approfondimenti istruttori, incompatibili con basilari principi di economia processuale una volta che, per quanto si è detto, l'esito dell'impugnazione è comunque segnato. Infatti, una volta acclarato che l'intervento oggetto della d.i.a. – intervento che, si ripete, deve essere considerato in questa sede nella sua evidente unitarietà – non rispetta, sia pure in parte, la fascia di servitù idraulica, le censure riguardanti il vincolo paesaggistico non potrebbero valere, comunque, a travolgere i provvedimenti impugnati, né potrebbe acquisirsi in una conferenza di servizi l'assenso del Genio civile su opere giammai non consentibili (cfr. art. 96 cit.: «sono lavori ed atti vietati in modo assoluto ...»), né, infine, potrebbe assumere rilievo invalidante la lamentata compressione del diritto al contraddittorio procedimentale, stante il disposto dell'art. 21 octies, comma primo, primo periodo, della legge n. 241/90.»

\*\*\*

## SE IL COMUNE RICHIEDE IL RIPRISTINO DELL'USO CIVICO L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA REGIONALE VA CONSIDERATA VINCOLATA

**TAR VENETO, SEZIONE II n.257 del 26/02/2015 Relatore: Nicola Fenicia - Presidente: Giuseppe Di Nunzio**

GIUDIZIO --> IMPUGNAZIONE --> RICORSI AMMINISTRATIVI --> RICORSO STRAORDINARIO --> PRINCIPIO DI ALTERNATIVITÀ

Sintesi: Prima dell'introduzione del codice del processo amministrativo (che con diverse disposizioni normative di nuova introduzione ha attenuato la diversità tra natura amministrativa e giurisdizionale delle decisioni conclusive rispettivamente dei ricorsi al Capo dello Stato e delle sentenze del Giudice Amministrativo), la decisione del ricorso straordinario non può sicuramente essere equiparata ad una pronuncia giurisdizionale suscettibile di passare in giudicato, con il risultato della irretrattabilità degli effetti e dell'incontestabilità dell'accertamento o del comando giudiziale.

GIUDIZIO --> IMPUGNAZIONE --> RICORSI AMMINISTRATIVI --> RICORSO STRAORDINARIO --> TRASPOSIZIONE

Sintesi: Una volta depositato presso il giudice amministrativo l'atto di trasposizione del ricorso straordinario oggetto dell'opposizione, si determina, ai sensi dell'art. 10 del d.P.R.

24 novembre 1971, n. 1199, una preclusione assoluta all'ulteriore corso del procedimento instauratosi nella sede straordinaria, onde ne restano inibiti sia «l'istruzione dell'affare» da parte del Ministero competente sia ogni pronuncia in rito e nel merito, dovendovi oramai provvedere il solo giudice amministrativo.

Sintesi: Nel caso in cui, dopo la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario, intervenga comunque una pronuncia del Capo dello Stato, ancorché evidentemente per mero disguido, questa deve essere ritenuta "tamquam non esset", non potendo in alcun modo ritenersi che essa possa configurare un'ipotesi di sopravvenuta improcedibilità dell'azione giurisdizionale.

Estratto: «1. Preliminarmente il Collegio ritiene che non sia di ostacolo alla procedibilità del presente giudizio la sopraggiunta decisione del ricorso straordinario (definito con D.P.R. 12 luglio 2011 di recepimento del parere del Consiglio di Stato n. 1051/2011 dell'11/03/2011) che è proseguito nonostante l'opposizione della Regione e la conseguente trasposizione del ricorso amministrativo presso questa Sezione. A tal proposito va preliminarmente osservato che essendo stato avviato, il ricorso straordinario al Capo dello Stato in questione, prima dell'introduzione del codice del processo amministrativo (che con diverse disposizioni normative di nuova introduzione ha attenuato la diversità tra natura amministrativa e giurisdizionale delle decisioni conclusive rispettivamente dei ricorsi al Capo dello Stato e delle sentenze del Giudice Amministrativo), la decisione del ricorso straordinario non può sicuramente essere equiparata ad una pronuncia giurisdizionale suscettibile di passare in giudicato, con il risultato della irretrattabilità degli effetti e dell'incontestabilità dell'accertamento o del comando giudiziale. Come ha correttamente rilevato la Suprema Corte in una recente pronuncia (Cassazione civile sez. III del 26/08/2013 n. 19531), infatti, "In tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, solo i ricorsi proposti a partire dal 16 settembre 2010, ossia dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104), ricadono sotto il nuovo regime della giurisdizionalizzazione, ossia danno vita ad un processo giurisdizionale equipollente a quello amministrativo ordinario, che si conclude con una decisione di natura giurisdizionale, atta a dar luogo alla cosa giudicata". Ciò premesso, e sulla base di tale quadro storico-normativo, va pure osservato che una volta depositato presso il giudice amministrativo l'atto di trasposizione del ricorso straordinario oggetto dell'opposizione (in questo caso della Regione), si determina, ai sensi dell'art. 10 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, una preclusione assoluta all'ulteriore corso del procedimento instauratosi nella sede straordinaria, onde ne restano inibiti sia «l'istruzione dell'affare» da parte del Ministero competente sia ogni pronuncia in rito e nel merito, dovendovi oramai provvedere il solo giudice amministrativo (v., Cons. Stato, Sez. II, 21 gennaio 1981 n. 456). Tale norma, quindi, inibisce ogni pronuncia, in rito e nel merito sul ricorso straordinario che sia stato trasportato in sede giurisdizionale. Per cui, nel sistema introdotto con il citato D.P.R. n. 1199, una volta che il controinteressato (o l'amministrazione resistente) ha esercitato la facoltà di scelta attribuitagli dal ricordato art. 10, richiedendo che il ricorso notificatogli ad iniziativa del ricorrente in sede straordinaria sia deciso "in sede giurisdizionale" con l'atto di costituzione in giudizio, il giudice amministrativo, davanti al quale il "giudizio segue", è l'unico competente a definire la questione. Dalla lettera della legge è evidente dunque che si fa luogo ad un'unica pronuncia sull'unico e medesimo ricorso originario. Nella fattispecie, quindi, una volta perfezionate le formalità di trasposizione del ricorso straordinario dinanzi a questa Sezione, risultava inibita ogni determinazione in sede

straordinaria. Tutto ciò posto il Collegio, in consonanza con l'orientamento prevalente in giurisprudenza (cfr. T.A.R. Campania n. 114/1990; T.A.R. Lazio n. 291/1995; T.A.R. Toscana n. 1240/2002; T.A.R. Lombardia, Milano, n. 1769/2008), ritiene che nel caso di specie la decisione in sede amministrativa sia stata emanata in radicale ed assoluta carenza di competenza a decidere. Il principio dell'alternatività tra ricorso ordinario e ricorso straordinario comporta infatti che, in presenza di un atto di trasposizione ritualmente notificato e depositato, venga a porsi in essere una preclusione assoluta - ancorché eventualmente non conosciuta - alla decisione in sede straordinaria. Una volta radicatasi la competenza del giudice competente, la predetta preclusione implica necessariamente»

#### DEMANIO E PATRIMONIO --> USI CIVICI

Sintesi: Gli usi civici sono esplicazione del diritto collettivo di godimento a favore della collettività utente e proprietaria dei beni, dovendosi riconoscere l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio.

#### DEMANIO E PATRIMONIO --> USI CIVICI --> COMPETENZE REGIONALI

Sintesi: Sono nulli gli atti di disposizione con i quali si modifica la destinazione dei terreni sottoposti ad uso civico senza aver prima ottenuto l'indispensabile autorizzazione da parte della Regione.

Sintesi: A fronte della manifestazione da parte del Comune, quale ente esponentiale della collettività titolare dei diritti di uso civico, della volontà della collettività medesima di rientrare in possesso del terreno di uso civico abusivamente occupato, con contestuale richiesta al Presidente della Giunta Regionale dell'emissione dei provvedimenti necessari alla rimessione in pristino dello stato dei luoghi e al rilascio del terreno, affinché lo stesso sia reintegrato al demanio civico e destinato all'esercizio delle attività silvo – pastorali, il provvedimento adottato dalla Regione ha natura vincolata, stante la necessità e l'urgenza di rimettere in pristino il sito.

Estratto: «4.2. Quanto alla questione riguardante la compatibilità del manufatto in argomento con il regime giuridico degli usi civici e alla necessità e all'urgenza di rimettere in pristino il sito, si evidenzia che il cosiddetto "Roccolo Lemerle" oltre a essere abusivo di per sé, viene altresì abusivamente utilizzato da un privato, sottraendo all'intera collettività la piena disponibilità del terreno di uso civico; tale fabbricato non è, infatti, più adibito ad attività venatoria, ma ad utilizzo privato come baita estiva. Il Consiglio Comunale di Gallio, in qualità di ente esponentiale della collettività titolare dei diritti di uso civico, con deliberazione n. 9 del 10 marzo 2008 ha, pertanto, legittimamente manifestato la volontà della collettività medesima di rientrare in possesso del terreno di uso civico abusivamente occupato, chiedendo al Presidente della Giunta Regionale l'emissione dei provvedimenti necessari alla rimessione in pristino dello stato dei luoghi e al rilascio del terreno, affinché lo stesso sia reintegrato al demanio civico e destinato all'esercizio delle attività silvo – pastorali. A tale proposito appare utile rimarcare che nella sentenza n. 310 del 2006 la Corte Costituzionale definisce gli usi civici come «esplicazione del diritto collettivo di godimento a favore della collettività utente e proprietaria dei beni», riconoscendo nel contempo «l'interesse della collettività generale

alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio». Sotto altro profilo va ricordato che la costante giurisprudenza (per esempio, v. Cass. civ., sez. II, 22 novembre 1990, n. 11265, nonché SS.UU., 13 giugno 1996, n. 5441; Cons. Stato, sez. VI, 21 febbraio 1997, n. 318, e sez. IV, 19 dicembre 2003, n. 8365), ritiene nulli gli atti di disposizione con i quali si modifica la destinazione dei terreni sottoposti ad uso civico senza aver prima ottenuto l'indispensabile autorizzazione da parte della Regione. 4.3. Sulla base di tali presupposti fattuali e normativi il provvedimento adottato dalla Regione Veneto assumeva natura vincolata, stante la necessità e l'urgenza di rimettere in pristino il sito.»

PATOLOGIA --> VIZI NELLA AZIONE AMMINISTRATIVA --> ECCESSO DI POTERE --> DISPARITÀ DI TRATTAMENTO

Sintesi: La disparità di trattamento si concreta quando l'amministrazione emanante compie scelte discrezionali che appaiano ingiustificatamente differenziate nei confronti di casi, soggetti od oggetti, che viceversa si presentano simili.

Estratto: «4.6. Infine, anche l'ultimo motivo, con cui sostanzialmente si lamenta un'asserita disparità di trattamento, è infondato. Tale figura di eccesso di potere, infatti, si concreta quando l'amministrazione emanante compie scelte discrezionali che appaiano ingiustificatamente differenziate nei confronti di casi, soggetti od oggetti, che viceversa si presentano simili; nella specie, invece, l'ordinanza impugnata, di ripristino dello stato dei luoghi e di rilascio dei terreni di uso civico occupati abusivamente è un provvedimento vincolato, mentre il rilascio dell'autorizzazione alla installazione di ripetitori televisivi su beni di uso civico costituisce provvedimento discrezionale.»

\*\*\*

## INAMMISSIBILI DUPLICAZIONI DEL CANONE PREVISTO DALL'ART. 27 CODICE DELLA STRADA

**TAR CALABRIA, SEZIONE I CATANZARO n.381 del 26/02/2015 Relatore: Raffaele  
Tuccillo - Presidente: Guido Salemi**

DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE --> CANONE -->  
DEMANIO STRADALE - ART. 27 D. LGS. 285/92

Sintesi: Qualora la convenzione stipulata tra il Comune e il gestore del servizio di distribuzione del gas preveda la concessione del suolo e del sottosuolo stradale per l'occupazione dello stesso mediante la rete di distribuzione e un corrispettivo da versare per tale occupazione, la P.A. non può imporre anche il versamento del canone non ricognitorio previsto dall'art. 27 D. Lgs. 285/1992.

Sintesi: Il canone non ricognitorio previsto dall'art. 27 D. Lgs. 285/1992 non può essere previsto qualora già rientrante nell'ambito applicativo di una convenzione stipulata tra amministrazione e concessionario.

Sintesi: Il canone non ricognitorio previsto dall'art. 27 D. Lgs. 285/1992 e, quindi, la

somma dovuta per l'occupazione o per l'uso concesso deve essere determinata all'interno della convenzione mediante la quale è concesso l'uso stesso, non potendo essere prevista aliunde o mediante atto unilaterale alla quale è estraneo il concessionario.

Estratto: «2. Il ricorso deve trovare accoglimento nei limiti di cui in motivazione. Occorre premettere che dinanzi al giudice amministrativo non è stato impugnato il provvedimento di ingiunzione, rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario, ma il provvedimento amministrativo con il quale è stato previsto il canone patrimoniale non ricognitorio. Nel caso di specie, non è in discussione il potere astratto dell'ente pubblico di prevedere e disciplinare un canone non ricognitorio ma i presupposti e i limiti dello stesso. In particolare, nel caso di specie emergono due dati cui segue l'annullamento del provvedimento, da un lato, l'esistenza di una previsione contrattuale mediante la quale è stato sostanzialmente già previsto un corrispettivo per la medesima occupazione, dall'altro, il disposto dell'art. 27 del Codice della strada che richiede la previsione del canone al momento e con la concessione, e non con atto unilaterale. Con riferimento al primo profilo occorre evidenziare che il provvedimento impugnato prevede l'istituzione del canone concessorio non ricognitorio ai sensi dell'art. 27, commi 5,7,8 del Codice della strada. In particolare, come emerge dall'art. 2 del medesimo provvedimento, lo stesso ha ad oggetto le occupazioni permanenti del demanio e del patrimonio stradale del comune descritte nell'allegato 1. Con il contratto di concessione (doc. 4 del fascicolo di parte ricorrente) il Comune concedeva alla ricorrente il diritto di esclusiva per la fornitura del gas mediante tubazioni in tutto il territorio comunale. A tale scopo il suolo e il sottosuolo pubblico occorrenti per la posa e il mantenimento delle opere o canalizzazioni necessarie per l'espletamento del servizio sono stati concessi alla ricorrente per tutta la gestione del servizio. A titolo di corrispettivo la concessionaria si obbligava a porre in essere quanto indicato nel medesimo articolo. Ne deriva che la previsione dell'occupazione del suolo e del sottosuolo costituisce espreso oggetto della concessione. Le parti hanno previsto l'occupazione del suolo da parte del concessionario indicando determinate controprestazioni elencate nel medesimo contratto quale corrispettivo dell'occupazione del bene. Ciò posto risulta di tutta evidenza che la previsione del pagamento di un canone per la medesima prestazione, già oggetto della concessione, costituisca e rappresenti una duplicazione delle somme corrisposte dalla concessionaria ricorrente al Comune per il medesimo titolo. Tra l'altro il pagamento in questione risulta avere ad oggetto una situazione giuridica soggettiva della quale la pubblica amministrazione ha già disposto. Ciò premesso, anche in considerazione delle vicende che hanno caratterizzato le concessioni in questione – decreto Letta –, si deve evidenziare che il potere di prevedere tale canone derivi dal disposto dell'art. 27 del Codice della strada, come espressamente richiamato nel provvedimento istitutivo del canone stesso. Ai sensi dell'art. 27, rubricato “formalità per il rilascio delle autorizzazioni e concessioni”, “1. Le domande dirette a conseguire le concessioni e le autorizzazioni di cui al presente titolo, se interessano strade o autostrade statali, sono presentate al competente ufficio dell'A.N.A.S. e, in caso di strade in concessione, all'ente concessionario che provvede a trasmetterle con il proprio parere al competente ufficio dell'A.N.A.S., ove le convenzioni di concessione non consentono al concessionario di adottare il relativo provvedimento. 2. Le domande rivolte a conseguire i provvedimenti di cui al comma 1 interessanti strade non statali sono presentate all'ente proprietario della strada. 3. Le domande sono corredate dalla relativa documentazione tecnica e dall'impegno del richiedente a sostenere tutte le spese di sopralluogo e di istruttoria,

previo deposito di eventuali cauzioni. 4. I provvedimenti di concessione ed autorizzazione previsti dal presente titolo sono, in ogni caso, accordati senza pregiudizio dei diritti dei terzi e con l'obbligo del titolare di riparare eventuali danni derivanti dalle opere, dalle occupazioni e dai depositi autorizzati. 5. I provvedimenti di concessione ed autorizzazione di cui al presente titolo, che sono rinnovabili alla loro scadenza, indicano le condizioni e le prescrizioni di carattere tecnico o amministrativo alle quali esse sono assoggettate, la somma dovuta per l'occupazione o per l'uso concesso, nonché la durata, che non potrà comunque eccedere gli anni ventinove. L'autorità competente può revocarli o modificarli in qualsiasi momento per sopravvenuti motivi di pubblico interesse o di tutela della sicurezza stradale, senza essere tenuta a corrispondere alcun indennizzo. 6. La durata dell'occupazione di suolo stradale per l'impianto di pubblici servizi è fissata in relazione al previsto o comunque stabilito termine per l'ultimazione dei relativi lavori. 7. La somma dovuta per l'uso o l'occupazione delle strade e delle loro pertinenze può essere stabilita dall'ente proprietario della strada in annualità ovvero in unica soluzione. 8. Nel determinare la misura della somma si ha riguardo alle soggezioni che derivano alla strada o autostrada, quando la concessione costituisce l'oggetto principale dell'impresa, al valore economico risultante dal provvedimento di autorizzazione o concessione e al vantaggio che l'utente ne ricava. 9. L'autorità competente al rilascio dei provvedimenti autorizzatori di cui al presente titolo può chiedere un deposito cauzionale. 10. Chiunque intraprende lavori, effettua occupazioni o esegue depositi interessanti le strade o autostrade e le relative pertinenze per le quali siano prescritti provvedimenti autorizzatori deve tenere, nel luogo dei lavori, dell'occupazione o del deposito, il relativo atto autorizzatorio o copia conforme, che è tenuto a presentare ad ogni richiesta dei funzionari, ufficiali o agenti indicati nell'art. 12. 11. Per la mancata presentazione del titolo di cui al comma 10 il responsabile è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 84 a euro 335. 12. La violazione del comma 10 importa la sanzione amministrativa accessoria della sospensione dei lavori, secondo le norme del capo I, sezione II, del titolo VI. In ogni caso di rifiuto della presentazione del titolo o accertata mancanza dello stesso, da effettuare senza indugio, la sospensione è definitiva e ne consegue la sanzione amministrativa accessoria dell'obbligo, a carico dell'autore della violazione, del ripristino a sue spese dei luoghi secondo le norme del capo I, sezione II, del titolo VI". Come emerge dall'esame del quinto comma della disposizione, i provvedimenti di concessione ed autorizzazione indicano le condizioni e le prescrizioni di carattere tecnico o amministrativo alle quali esse sono assoggettate, la somma dovuta per l'occupazione o per l'uso concesso, nonché la durata, che non potrà comunque eccedere gli anni ventinove. L'autorità competente può revocarli o modificarli in qualsiasi momento per sopravvenuti motivi di pubblico interesse o di tutela della sicurezza stradale, senza essere tenuta a corrispondere alcun indennizzo (in questo senso, tra le altre Tar Lombardia Milano, Sez. IV, n. 345 del 2014). Ne deriva che, da un lato, il canone in oggetto non può essere previsto qualora già rientrante nell'ambito applicativo di una convenzione stipulata tra amministrazione e concessionario, dall'altro, che il canone stesso e, quindi, la somma dovuta per l'occupazione o per l'uso concesso deve essere determinata all'interno della convenzione mediante la quale è concesso l'uso stesso, non potendo essere prevista aliunde o mediante atto unilaterale alla quale è estraneo il concessionario. La circostanza, d'altro canto, è coerente con la ratio della disposizione che vuole creare un collegamento, anche economico, tra il provvedimento a effetti incrementativi adottato in favore del privato e le spese che questi deve sostenere per occupare ovvero mantenere l'occupazione del suolo e del sottosuolo pubblico. L'interesse pubblico alla disponibilità

del suolo pubblico è poi adeguatamente tutelata mediante il successivo potere di revoca o modifica della concessione di cui è titolare la pubblica amministrazione stessa, potere che, tuttavia, nel caso di specie, non risulta essere stato esercitato. Pertanto, anche a prescindere dall'inefficacia del contratto, deve ritenersi che la pubblica amministrazione abbia previsto il canone in questione al di fuori dei presupposti di legge, derivandone pertanto l'annullamento del provvedimento in questione nella parte in cui prevede il canone patrimoniale non ricognitorio a carico della ricorrente.»

\*\*\*

## LE ISOLE NON APPARTENGONO AL DEMANIO MARITTIMO

**CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE IV n.980 del 26/02/2015 Relatore: Giulio Veltri -  
Presidente: Giorgio Giaccardi**

PROCEDURA --> NOTIFICHE --> VIZIO, EFFETTI --> RAGGIUNGIMENTO DELLO SCOPO

Sintesi: L'effetto sanante legato alla costituzione della controparte opera sempre - con effetto ex tunc con la costituzione del convenuto, ovvero con la rinnovazione della notifica cui la parte istante provveda spontaneamente o in esecuzione dell'ordine impartito dal giudice - quando, pur eseguita mediante consegna a persona o in luogo diversi da quello stabilito dalla legge, dall'avvenuta notifica possa ricavarci un collegamento o elementi tali da rendere possibile e verosimile che l'atto, pervenuto a persona non del tutto estranea al processo, giunga a conoscenza del destinatario.

Sintesi: L'effetto sanante legato alla costituzione della controparte deve escludersi quando la notifica in questione è giuridicamente "inesistente" ossia quando manchi del tutto ovvero sia stata effettuata in un luogo o con riguardo a persona che non abbiano alcun riferimento con il destinatario della notificazione stessa, risultando a costui del tutto estranea.

Estratto: «A - Sulle questioni preliminari: 1. All'atto della notifica della sentenza di prime cure (nella cui premessa si dava atto della domiciliazione ex lege del ricorrente presso il TAR) all'Agenzia del Demanio ed al Ministero dell'Economia e Finanze, la V. ha eletto domicilio, ai fini e per gli effetti dell'art. 330 c.p.c., in Venezia, D. 3936, presso il Vice Presidente dott. M.. E' dunque a questo indirizzo che – secondo la V. la notificazione avrebbe dovuto ritualmente avvenire. La notifica fatta, pur tempestivamente, presso la sede dell'associazione e presso il TAR, sarebbe di conseguenza affetta da nullità; nella specie da nullità insanabile essendo ormai decorso il termine per l'appello e non potendosi del resto riconoscere effetto sanante alla costituzione dell'appellato. 1.1. L'appellante replica deducendo di aver, in un primo momento (9 luglio 2014) notificato l'appello presso il domicilio eletto in primo grado con il ricorso introduttivo (Genova, presso lo studio dell'avv. G.), nonché presso la sede dell'Associazione, ed in data 16 luglio presso la segreteria del TAR Venezia (domicilio ex lege indicato dal TAR in sentenza, in ragione dell'irritualità dell'elezione di domicilio fatta nel ricorso introduttivo), sempre nel rispetto del termine di decadenza. Solo successivamente, l'Avvocatura Generale, avendo ricevuto dalla Distrettuale di Venezia la copia notificata della sentenza

si sarebbe accorta che nella relata di notifica all'Avvocatura Distrettuale di Venezia era indicato il diverso domicilio del Vice Presidente. In ogni caso, la costituzione dell'appellato costituirebbe oggettiva prova del buon esito della notifica, con conseguente sanatoria dei vizi rilevati. 1.2. L'eccezione è infondata. L'effetto sanante legato alla costituzione della controparte opera sempre - con effetto ex tunc con la costituzione del convenuto, ovvero con la rinnovazione della notifica cui la parte istante provveda spontaneamente o in esecuzione dell'ordine impartito dal giudice - quando, pur eseguita mediante consegna a persona o in luogo diversi da quello stabilito dalla legge, dall'avvenuta notifica possa ricavarsi un collegamento o elementi tali da rendere possibile e verosimile che l'atto, pervenuto a persona non del tutto estranea al processo, giunga a conoscenza del destinatario (su fattispecie analoga a quella odierna, in tema di notifica di atto di appello con erronea indicazione del domiciliatario, nella persona del difensore in primo grado invece di quello del domicilio eletto, che comunque abbia ricevuto l'atto, v. Cass., civ. , n. 21001 del 2013). Per converso l'effetto sanante deve escludersi quando la notifica in questione è giuridicamente "inesistente": e per consolidata giurisprudenza nel processo sia civile che amministrativo la notificazione del ricorso deve ritenersi inesistente quando manchi del tutto ovvero sia stata effettuata in un luogo o con riguardo a persona che non abbiano alcun riferimento con il destinatario della notificazione stessa, risultando a costui del tutto estranea (v. , ex plurimis, Cass. civ. n. 8970/2009, sulla distinzione tra nullità e inesistenza della notificazione, e da ultimo Consiglio di Stato, Sez. VI, 27/11/2014, n. 5884). 1.3. Non v'è dubbio che, nel caso di specie, la notifica, per la triplice modalità con la quale è stata effettuata (1. notifica al domicilio eletto tramite il ricorso di primo grado; 2. presso la sede legale, e 3. presso il TAR, così come indicato in sentenza) debba considerarsi nulla e non certo inesistente. La costituzione della V.A.S. consente quindi di ritenere sanato il vizio formale. Essa toglie altresì ogni rilevanza all'ulteriore eccezione dell'appellato, relativa alla mancata notifica all'indirizzo p.e.c.»

#### DEMANIO E PATRIMONIO --> DEMANIO --> DEMANIO MARITTIMO --> ISOLE

Sintesi: Le isole, anche se interne ad una laguna, non appartengono al demanio marittimo, posto che a questo appartengono ai sensi dell'art. 822 c.c. e dell'art. 28 cod. nav.: a. il lido, la spiaggia, i porti, le rade; b. le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare; c. i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo.

#### DEMANIO E PATRIMONIO --> DEMANIO --> DEMANIO MARITTIMO --> PERTINENZE MARITTIME

Sintesi: Le "costruzioni" possono dirsi pertinenze del demanio marittimo ai sensi dell'art. 29 cod. nav. soltanto laddove insistano sul demanio o sul mare territoriale e siano caratterizzate da un rapporto di accessorietà rispetto al bene demaniale col quale si immedesimano, essendo destinate in modo durevole a servizio del demanio marittimo (com'è per i fari, i moli, gli argini).

#### DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE --> CONCESSIONE DEMANIALE MARITTIMA --> CESSAZIONE DEL RAPPORTO --> RINNOVO --> AFFIDAMENTO DEL PRIVATO

Sintesi: L'aspettativa di rinnovo della concessione demaniale marittima scaduta appare

recessiva di fronte agli obblighi di evidenza pubblica ormai pacificamente operanti anche in relazione alle concessioni, ed al carattere comunque discrezionale delle valutazioni rimesse alla P.A. in ordine all'utilizzo e destinazione dell'immobile, una volta scaduto il rapporto concessorio.

Estratto: «E' piuttosto l'affermazione circa la sussumibilità dell'isola lagunare nel demanio marittimo a non convincere. In tema di demanio pubblico l'art. 822 c.c. opera una distinzione fondamentale tra beni che "appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico" (che sono i beni indicati nel primo comma e che costituiscono la cd. categoria del demanio necessario) e beni che "fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato" (indicati nel secondo comma e costituenti la cd. categoria del demanio non necessario ovvero legale). Appartengono al demanio necessario i beni del demanio marittimo, ossia: a. il lido, la spiaggia, i porti, le rade; b. le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare; c. i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo (art. 822 c.c. e 28 cod. nav.) Nell'elencazione, da considerarsi tassativa, non sono ricomprese le isole, neanche quando queste siano interne ad una laguna. Il giudice di prime cure ha nonostante ciò ritenuto che l'isola di San Giacomo, in quanto interamente occupata da manufatti di proprietà demaniale, potesse considerarsi una "pertinenza lagunare", ai sensi dell'art. 29 del cod. nav., a mente del quale costituiscono pertinenze le costruzioni e le altre opere appartenenti allo Stato, che esistono entro i limiti del demanio marittimo e del mare territoriale. Tuttavia le "costruzioni" costituiscono pertinenze solo laddove insistono sul demanio marittimo o sul mare territoriale e siano caratterizzate da un rapporto di accessorietà rispetto al bene demaniale col quale si immedesimano, essendo destinate in modo durevole a servizio del demanio marittimo (com'è per i fari, i moli, gli argini). Nel caso di specie: a) le costruzioni non possiedono, e non è stato dimostrato, il rapporto di accessorietà; b) anche a volerne ipotizzare, in astratto, la natura pertinenziale rispetto ai pubblici usi della laguna, accedono comunque ad un suolo di circa 12.000 mq che non ha le caratteristiche del demanio marittimo). Ciò chiarito, e ritenute pertanto inapplicabili le disposizioni di cui all'art. 1 del D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, così come convertito nella L. 25/2010, in materia di concessioni turistico balneari, è agevole rilevare che il rapporto concessorio di cui trattasi, fosse, all'epoca dei fatti, ormai scaduto, e che l'aspettativa di rinnovo nutrita da V. fosse posizione giuridica molto flebile, avuto riguardo, in particolare, agli obblighi di evidenza pubblica ormai pacificamente operanti anche in relazione alle concessioni, ed al carattere comunque discrezionale delle valutazioni rimesse all'amministrazione in ordine all'utilizzo e destinazione dell'immobile, una volta scaduto il rapporto concessorio. La decisione, successiva alla scadenza del rapporto concessorio, di bandire una procedura concorsuale, o di dismettere il bene, non necessitava quindi di motivazione particolare sul piano amministrativo. L'aver individuato elementi di criticità emersi durante il rapporto ed averli posti a base della decisione di non rinnovare, costituisce, piuttosto, frutto dell'osservanza dell'art. 12 del contratto di concessione, nella parte in cui fa "salva la possibilità di rinnovo" su istanza della V.A.S. La clausola lascia però all'amministrazione facoltà decisionale ("ove accordato dall'amministrazione": così si esprime l'art. 12 cit. in relazione alla possibilità di rinnovo), e deve comunque essere interpretata secondo buona fede, non essendo ragionevole prospettare un obbligo di rinnovo sine die. In disparte l'evidente contrasto dei contenuti, con il sopravvenuto quadro ordinamentale.»

\*\*\*

## IL DANNO DA MANCATA AGGIUDICAZIONE DI UNA CONCESSIONE DEMANIALE E' CALCOLABILE CON IL METODO DELLA RIDUZIONE PERCENTUALE DELL'UTILE

**TAR TOSCANA, SEZIONE III n.322 del 27/02/2015 Relatore: Rosalia Messina -  
Presidente: Maurizio Nicolosi**

PATOLOGIA --> RISARCIMENTO DEL DANNO --> DANNO --> DA PERDITA DI CHANCE

Sintesi: Affinché l'illegittimità del provvedimento amministrativo determini la responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione non occorre la lesione di una situazione di piena spettanza del bene finale essendo risarcibile anche la perdita della chance di conseguire un risultato favorevole causata dalla violazione delle regole che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo.

PATOLOGIA --> RISARCIMENTO DEL DANNO --> CRITERI ESTIMATIVI

Sintesi: La perdita patrimoniale conseguente alla mancata aggiudicazione di una concessione demaniale può essere quantificata attraverso il metodo della riduzione percentuale dell'utile che l'impresa avrebbe conseguito qualora si fosse resa assegnataria della concessione.

Estratto: «Ciò premesso, preliminari alla quantificazione del danno appaiono le questioni da cui dipende la sussistenza nell'an dell'obbligazione risarcitoria, le quali attengono al duplice accertamento dell'elemento soggettivo e della spettanza del bene della vita in termini pieni o di chance. Quanto al primo presupposto, nel caso di specie risultano senza dubbio sussistenti tutti gli indici di colpevolezza che la giurisprudenza ritiene rilevanti al fine di addebitare il danno al comportamento illegittimo della p.a. Il Comune di Isola del Giglio ha violato, infatti, regole basilari dei procedimenti comparativi che devono ritenersi note a tutti gli operatori professionali del settore. Sul punto mette conto ricordare che la concessione è stata assegnata sulla base di un requisito (venti anni di operatività nel settore) stabilito dopo la presentazione delle manifestazioni di interesse, oltre che sulla scorta di motivazioni palesemente incongrue come quella di offrire opportunità lavorative ai residenti nel Comune di Isola del Giglio o come la preferenza accordata al soggetto che negli anni precedenti era stato assegnatario dell'arenile perché nessuna contestazione sarebbe stata mossa nei suoi confronti (quasi che il procedimento fosse volto al rinnovo della precedente concessione e non alla assegnazione ex novo della concessione per l'occupazione dell'arenile sulla base di una procedura comparativa). Venendo all'esame del secondo presupposto, il Collegio intende rifarsi all'insegnamento secondo cui affinché la mera illegittimità del provvedimento si trasformi in illiceità rilevante ai sensi dell'art. 2043 c.c. non occorre che sia lesa una situazione di piena spettanza del "bene finale", essendo risarcibile anche la perdita della chance di conseguire un risultato favorevole causata dalla violazione delle regole che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo. Nel caso di specie, ritiene il Collegio che, per effetto del comportamento dell'amministrazione, il ricorrente abbia perduto una chance giuridicamente rilevante di conseguire la assegnazione dell'arenile relativa alla stagione 2011. A tale conclusione si perviene sia facendo applicazione del criterio meramente

statistico di rilevazione della chance, che attribuisce a tutti i partecipanti a una gara illegittimamente aggiudicata la medesima probabilità di conseguire il risultato favorevole (T.A.R. Milano, I , 9 ottobre 2012, n. 2497; Consiglio di Stato, VI ,11 marzo 2010, n. 1443), sia applicando il più rigoroso criterio eziologico, che richiede una prova (anche solo presuntiva) della probabilità di conseguire la aggiudicazione sulla scorta delle caratteristiche concrete della offerta presentata (Cass. 3 marzo 2010, n. 5119). Quest'ultimo metodo di determinazione della chance non può, ovviamente, comportare la sostituzione del giudice all'amministrazione nella formulazione di giudizi connotati da margini di opinabilità, essendo demandato all'organo giudicante solo l'accertamento relativo alla sussistenza di elementi che avrebbero potuto ragionevolmente, ancorché non certamente (attesa appunto l'opinabilità dei parametri tecnici di riferimento), determinare un risultato favorevole al ricorrente. Nel caso di specie il progetto presentato dalla s.n.c. D'Orazio e Petrelli - che negli anni passati presentava più di una caratteristica che avrebbe potuto determinarne la preferibilità rispetto al progetto del controinteressato signor Belardo (si veda la sentenza n. 229/2015, relativa all'anno 2009) - nel 2011, a causa anche della cessazione dell'attività del bar ristorante in precedenza esercitata nell'area interessata, la caratteristica più significativa rimaneva quella dello spazio lasciato disponibile per la libera fruizione di una porzione dell'arenile (di cui l'offerta concorrente prevedeva l'intera occupazione), ferma restando la messa a disposizione dei servizi igienici anche ai non paganti. Pertanto, pur non potendo qualificarsi l'offerta della società ricorrente come destinata al sicuro conseguimento della concessione (altrimenti nemmeno si farebbe questione di chance), tuttavia l'indice presuntivo su indicato depone, in termini probabilistici, per la sussistenza di una chance qualificata di aggiudicazione della concessione e, perciò, anche di un pregiudizio economicamente valutabile connesso al mancato sfruttamento di tale favorevole opportunità. Poiché sussiste un danno evento giuridicamente rilevante, il Collegio ritiene che la quantificazione della perdita patrimoniale che ne è conseguita possa essere operata attraverso il collaudato metodo della riduzione percentuale dell'utile che l'impresa avrebbe conseguito qualora si fosse resa assegnataria della concessione, riduzione che, nella specie, si ritiene debba essere pari al 60%, tenuto conto della mancanza di elementi di sicura prevalenza dell'offerta della ricorrente.»

\*\*\*

## DEMANIO MARITTIMO: PER GLI IMMOBILI ASSEGNATI IN SUPERFICIE IL CANONE VA CALCOLATO CON CRITERI TABELLARI

**TAR TOSCANA, SEZIONE III n.328 del 27/02/2015 Relatore: Riccardo Giani -  
Presidente: Maurizio Nicolosi**

GIUDIZIO --> LEGITTIMAZIONE PASSIVA --> DEMANIO MARITTIMO

Sintesi: Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti non è passivamente legittimato nella controversia relativa alla quantificazione di un canone relativo ad una concessione demaniale marittima; invero, ai sensi dell'art. 105 D. Lgs. 112/1998, le funzioni inerenti la gestione del demanio marittimo sono state trasferite dallo Stato alle Regioni, cui ha fatto seguito la delega ai Comuni.

Estratto: «7 – Deve essere preliminarmente scrutinata l'eccezione di difetto di legittimazione passiva, con richiesta di estromissione dal giudizio, formulata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. L'eccezione è fondata. Ai sensi dell'art. 105 del d.lgs. n. 112 del 1998, le funzioni inerenti la gestione del demanio marittimo sono state trasferite dallo Stato alle Regioni, cui ha fatto seguito la delega da parte della Regione Toscana ai Comuni. Ne consegue che il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è privo di legittimazione a resistere al presente giudizio e deve quindi essere estromesso dallo stesso.»

DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE --> CANONE -->  
DEMANIO MARITTIMO --> LEGGE 296/2006

Sintesi: Qualora la concessione demaniale marittima attribuisca al concessionario il diritto di erigere e mantenere immobili di sua proprietà al di sopra del demanio marittimo, si è al cospetto di un diritto di superficie; pertanto, ai fini della determinazione del canone demaniale, tali manufatti non possono essere qualificati come «pertinenze demaniali marittime» e dovrà trovare applicazione non già la disciplina di cui all'art. 1, co. 251, n. 2, legge 296/2006 ma si dovrà far riferimento ai canoni tabellari di cui al n. 1, lett. b) della medesima disposizione.

Estratto: «8 – Con il primo mezzo di cui al ricorso introduttivo e ai due atti di motivi aggiunti il ricorrente contesta la determinazione dei canoni demaniali relativi alla concessione in titolarità, in specie dolendosi della circostanza che l'Amministrazione abbia applicato al manufatto adibito a bar gelateria, di mq. 60,55, e all'area asservita per la posa di tavoli, o veranda, di mq. 102, 48, per un totale quindi di mq. 163, 03, la disciplina di cui all'art. 1, comma 251, n. 2 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (cioè il canone relativo alle “concessioni comprensive di pertinenze demaniali marittime”), invece di applicare i canoni tabellari di cui all'art. 1, comma 251, n. 1, lett. b) della medesima legge n. 296 cit. La censura è fondata nei sensi di seguito esplicitati. La tesi del ricorrente, motivata con plurimi percorsi argomentativi, è che l'Amministrazione abbia errato nel qualificare come “pertinenze destinate ad attività commerciale” quelli che invero sono manufatti di proprietà privata, per diritto di superficie, appartenenti alla società ricorrente. L'assunto di parte ricorrente è fondato. Il Collegio ritiene che assuma prioritario rilievo l'esame del titolo concessorio e dell'esatta individuazione dell'oggetto della concessione in titolarità della parte ricorrente. La concessione n. 1 del 2007 stabilisce di concedere alla “società Giglio di Nesti Tommaso e C. s.a.s. di occupare un'area demaniale marittima, situata nel Comune di Isola del Giglio, in località Campese, della superficie di metri quadrati 286 (duecentoottantasei) allo scopo di mantenere un locale in muratura adibito a bar – ristorante e gelateria di mq. 78 ed un'area asservita protetta da tenda frangisole di mq. 208 – fronte mare ml. 27,50” (cfr. doc. 3 del deposito dell'Agenzia del Demanio). Ma il diritto di mantenere una costruzione sul suolo altrui è proprio l'oggetto del diritto di superficie, così come delineato dall'art. 952 cod. civ. (“il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri”), con il risultato che siamo qui in presenza di un atto amministrativo che attribuisce al concessionario il diritto di superficie sugli immobili in considerazione, cioè il locale adibito a bar gelateria e l'area asservita relativa. Ne discende che i suddetti beni sono in proprietà superficaria della ricorrente e non sono quindi di proprietà demaniale, situazione che si è protratta nel tempo, essendo stata la concessione n. 1 del 2007 successivamente rinnovata sino all'attualità; la mancanza di