

anno 1 numero 4 luglio agosto 2011

ISSN 2239-8015

PATRIMONIO PUBBLICO

*demanio, patrimonio
e beni pubblici*

notiziario bimestrale
di giurisprudenza

EXEO edizioni 

professionisti
pubblica amministrazione

**PER LA REALIZZAZIONE DI OPERE IDRAULICHE NON È
OBBLIGATORIO RICORRERE ALLA CONCESSIONE DI DERIVAZIONE DI
ACQUE**

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE n.3163 del 09/02/2011

Relatore: Salvatore Salvago - Presidente: Antonino Elefante

DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE -->
CONCESSIONE DEMANIALE MARITTIMA

Sintesi: La nozione di provvedimento concessorio di facoltà e diritti su beni demaniali e/o patrimoniali indisponibili costituisce un atto non dovuto, ma emanato nell'esercizio di una potestà discrezionale di detta amministrazione, perciò subordinato alla rispondenza all'interesse pubblico, nonché al conseguimento della finalità specifica per la quale il potere le è stato conferito.

DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE -->
CONCESSIONE DI DERIVAZIONE ACQUE --> PRESUPPOSTI

Sintesi: L'art. 7, comma 7, R.D. 1775/1933 consente all'amministrazione, in tema di domande per nuove concessioni ed utilizzazioni di acque pubbliche, la pronuncia d'inammissibilità delle domande medesime, in via preventiva e senza necessità di accertamenti istruttori, non soltanto nel caso di inattuabilità delle relative istanze, ma anche allorquando esse siano contrarie al buon regime delle acque o ad altri interessi generali.

PROCEDURA --> DISCREZIONALITÀ DELLA P.A. --> NELLA CONCESSIONE
DI BENI DEMANIALI

Sintesi: Ancor prima di devolvere all'amministrazione il potere di ammissione ad istruttoria delle domande di concessione di derivazione di acque pubbliche, nonché di portare a conclusione il procedimento preliminare di individuazione del soggetto o dei soggetti legittimati ad ottenere l'esame e la decisione della istanza o delle istanze di concessione proposte, il R.D. 1775/1933 le demanda il compito di valutare a monte se lo stesso procedimento concessorio sia o meno compatibile con eventuali interessi pubblici contrastanti.

Estratto: « Esse muovono tutte dall'erroneo presupposto che, una volta presentata dal soggetto interessato domanda di concessione di derivazione d'acqua, l'amministrazione preposta alla gestione del settore debba necessariamente seguire lo speciale procedimento predisposto dagli R.D. 1775 del 1933, art. 7 e segg. e che da tale momento l'unica valutazione consentita sia la comparazione dell'interesse del richiedente a conseguirla con quello di eventuali concorrenti o di (eventuali) controinteressati, - con la conseguenza che ogni inerzia o deviazione da detto procedimento si traduce in altrettante violazioni delle norme legislative e regolamentari che lo disciplinano, comportanti la pretermissione del richiedente in favore di altri soggetti (pur se individuabili soltanto in futuro). Siffatta costruzione confligge anzitutto con la stessa nozione di provvedimento concessorio di (facoltà e) diritti su beni demaniali e/o patrimoniali indisponibili che costituisce non un atto dovuto, ma emanato nell'esercizio di una potestà discrezionale di detta amministrazione,

perciò subordinato alla rispondenza all'interesse pubblico, nonché al conseguimento della finalità specifica per la quale il potere le è stato conferito. Ed è contraddetta nel settore specifico in esame dallo stesso R.D. 1775, art. 7, comma 7 che, come già rilevato da queste Sezioni Unite, consente all'amministrazione in tema di domande per nuove concessioni ed utilizzazioni di acque pubbliche, la pronuncia d'inammissibilità delle domande medesime, in via preventiva e senza necessità di accertamenti istruttori, non soltanto nel caso di inattuabilità delle relative istanze, ma anche allorquando esse siano contrarie al buon regime delle acque o "ad altri interessi generali". Il che significa che la stessa norma ancor prima di devolvere all'amministrazione il potere di ammissione ad istruttoria delle domande di concessione di derivazione di acque pubbliche, nonché di portare a conclusione il procedimento preliminare di individuazione del soggetto o dei soggetti legittimati ad ottenere l'esame e la decisione della istanza o delle istanze di concessione proposte, le demanda il compito di valutare a monte se lo stesso procedimento concessorio sia o meno compatibile con eventuali interessi pubblici contrastanti (Cass. 5851/1984).»

DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE --> CONCESSIONE DI DERIVAZIONE ACQUE --> PROCEDURA

Sintesi: Con la valutazione degli interessi pubblici considerati prevalenti rispetto a quelli degli aspiranti alla derivazione dell'acqua dal fiume e la scelta dello strumento ritenuto più appropriato per realizzarli, viene meno l'obbligo della Provincia di provvedere all'esame delle domande di concessione incompatibili con tale strumento.

Sintesi: La concessione di derivazione di acque è incompatibile con la natura del project financing, che è contraddistinto da una indiscutibile unitarietà, logico-giuridica, del procedimento.

PROCEDURA --> EVIDENZA PUBBLICA --> PROJECT FINANCING

Sintesi: Il project financing si concreta in una complessa ed unitaria tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la p.a., e nel contempo si sostanzia in un'operazione economico-finanziaria, idonea ad assicurare utili che consentano il rimborso del prestito e/o finanziamento e la gestione proficua dell'attività.

GIUDIZIO --> GIURISDIZIONE E COMPETENZA --> GIUDICE AMMINISTRATIVO, IN GENERALE --> MERITO RISERVATO ALLA PA

Sintesi: I provvedimenti definitivi presi dall'amministrazione in materia di acque pubbliche non possono essere sindacati nel merito dal giudice amministrativo.

Estratto: « nel caso la comparazione compiuta dalla Provincia ha avuto esito sfavorevole alla società, avendo la sentenza impugnata accertato: 1) che ancor prima della domanda di derivazione da parte della ricorrente, pubblicata sul Bollettino della Regione del 27 giugno 2007, il Consiglio provinciale di Firenze con Delib. 20 novembre 2006, n. 414, aveva inserito nel programma triennale dei lavori pubblici l'intervento di straordinaria manutenzione di alcune traverse sul fiume Arno, da attuare mediante project financing; 2) che conseguentemente la Giunta Provinciale con atto di indirizzo del 18 settembre 2007 aveva confermato l'assoluta necessità di procedere alla ristrutturazione e

rifunzionalizzazione di ben 13 traverse o briglie (la cui costruzione risaliva a numerosi secoli prima) influenti sul corso del fiume Arno, nonché sull'incolumità degli insediamenti circostanti, - e che le relative e complesse opere di ingegneria idraulica che si rendevano al riguardo indispensabili, risultavano difficilmente sostenibili e programmabili in tempi brevi, anche in relazione alle disponibilità di bilancio dell'amministrazione: perciò comportando l'esigenza che l'intervento riguardasse in modo unitario e complessivo tutte le briglie, e comprendesse "tutte le derivazioni nell'unica attribuzione da conferire con finanza di progetto"; 3) che siffatto intendimento dell'amministrazione provinciale è stato comunicato alla ricorrente con nota del 12 ottobre 2007 con la quale è stata altresì disposta la sospensione della istruttoria sulla sua domanda fino alla pubblicazione dell'avviso di progetto e comunque nei 90 giorni successivi; e che detto avviso con la scelta della finanza di progetto per la straordinaria manutenzione, ristrutturazione e rifunzionalizzazione delle 13 briglie (in una delle quali ricade la chiesta derivazione) è stato definitivamente approvato e pubblicato con provvedimento dirigenziale del 23 gennaio 2008: senza che la società ricorrente abbia mai ritenuto di partecipare alla relativa procedura nè quale promotore, nè come impresa ammessa alle successive gare. Pertanto con la valutazione degli interessi pubblici considerati prevalenti rispetto a quelli degli aspiranti alla derivazione dell'acqua dal fiume e la scelta dello strumento ritenuto più appropriato per realizzarli, per un verso è venuto meno l'obbligo della Provincia di provvedere all'esame della domanda di concessione della società; ed è divenuta logicamente conseguente la decisione di sospendere in via di autotutela l'istruttoria pur se in corso (Cons. St. 3207/2006), attesa la incompatibilità certa del provvedimento finale cui tendeva la richiesta con la stessa natura del project financing da attuare, contraddistinto da una indiscutibile unitarietà, logico - giuridica, del procedimento. Il quale si concreta secondo la giurisprudenza amministrativa in una complessa ed unitaria tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la p.a., e nel contempo si sostanzia in un'operazione economico-finanziaria, idonea ad assicurare utili che consentano il rimborso del prestito e/o finanziamento e la gestione proficua dell'attività (Cons. St. 4346/2009; 3319/2009; 3043/2005). D'altra parte, il Tribunale superiore ha correttamente ritenuto che tanto siffatto programma, quanto i mezzi per attuarlo non erano sindacabili nel merito dalla società ricorrente, attribuendole il R.D. n. 1775 del 1933, art. 143 del soltanto la facoltà di proporre ricorso "per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge avverso i provvedimenti definitivi presi dall'amministrazione in materia di acque pubbliche".»

DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE -->
CONCESSIONE DI DERIVAZIONE ACQUE --> PROCEDURE ALTERNATIVE

Sintesi: Dagli artt. 7 e segg. del R.D. n. 1775 del 1933 non può ricavarsi l'obbligo dell'amministrazione di perseguire qualsiasi tipologia di interessi sottesi alle opere idrauliche da realizzare con il sistema delle singole concessioni.

DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE -->
CONCESSIONE DI DERIVAZIONE ACQUE --> PROCEDURA

Sintesi: Per realizzare le opere idrauliche non è necessario osservare il procedimento predisposto dal R.D. n. 1775 del 1933.

DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE -->
CONCESSIONE DI DERIVAZIONE ACQUE --> PRESUPPOSTI

Sintesi: Il procedimento di cui agli art. 7 e ss. del R.D. n. 1775/1933 presuppone che l'amministrazione abbia scelto di perseguire gli interessi pubblici e privati con il mantenimento del sistema dell'attribuzione di singole concessioni.

DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE --> CONCESSIONE DI DERIVAZIONE ACQUE --> PROCEDURA

Sintesi: Il procedimento disciplinato dagli artt. 7 e segg. del R.D. 1775/1933 è finalizzato esclusivamente a disciplinare l'istruttoria e selezione delle domande di nuove concessioni e utilizzazione di acqua pubblica per consentire all'autorità preposta di valutare i vari interessi in gioco e di individuare quale sia la soluzione più idonea a soddisfare nel contempo l'interesse pubblico e quello privato allo sfruttamento dell'acqua.

DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE --> CONCESSIONE DI DERIVAZIONE ACQUE --> PROCEDURE ALTERNATIVE

Sintesi: L'intera disciplina di cui al R.D. 1775/1933 non è più invocabile quando l'amministrazione abbia preferito avvalersi di strumenti diversi dalla derivazione di acque per il conseguimento di interessi pubblici generali ritenuti prevalenti rispetto a quelli del richiedente la concessione.

Sintesi: Qualora la pubblica amministrazione opti per il perseguimento di interessi pubblici generali mediante strumenti diversi dalla derivazione di acque, nei confronti del richiedente la concessione residua soltanto un obbligo di informazione delle scelte effettuate.

Estratto: « Nella medesima, prospettiva, del resto, la società ha impugnato davanti al TSAP i provvedimenti 9 e 10 aprile 2008 con cui la Provincia ne aveva respinto la diffida a proseguire l'istruttoria sulla richiesta di concessione, e confermato il contenuto dell'avviso di finanza di progetto nonché la sospensione anche del procedimento di verifica di impatto ambientale; per cui esattamente il Tribunale superiore non vi ha ravvisato alcuno dei denunciati vizi di legittimità una volta che nè dalle disposizioni del R.D. n. 1775, art. 7 e segg. nè da quelle degli art. 23 segg. del ricordato Regolamento per la concessione di beni del demanio idrico della provincia di Firenze può ricavarsi per quanto si è detto, l'obbligo della Provincia di Firenze di perseguire qualsiasi tipologia di interessi sottesi alle opere idrauliche da realizzare con il sistema delle singole concessioni. E neppure quello di osservare comunque quale unico modulo consentito il procedimento predisposto dal R.D. n. 1775, anche per attuare le opere suddette. Detto procedimento, invece, è finalizzato esclusivamente a disciplinare l'istruttoria e selezione delle domande di nuove concessioni e utilizzazione di acqua pubblica per consentire all'autorità preposta di valutare i vari interessi in gioco e di individuare quale sia la soluzione più idonea a soddisfare nel contempo l'interesse pubblico e quello privato allo sfruttamento dell'acqua; presuppone, perciò necessariamente, che l'amministrazione abbia scelto di perseguirli con il mantenimento di detto sistema dell'attribuzione di singole concessioni. E solo sulla base di tale presupposto trova giustificazione anche a livello regolamentare la minuziosa disciplina dello svolgimento dell'istruttoria preteso dalla società, che distingue l'ipotesi di più istanze, anche tardive, prevedendo tutte le possibili fattispecie di concorrenza ordinaria, ovvero speciale o ancora eccezionale, assegnando appositi termini per la presentazione e per l'istruttoria, e stabilendo i criteri per il relativo esame e la decisione su ciascuna di esse. Ma l'intera disciplina non è

più invocabile quando l'amministrazione abbia preferito avvalersi di strumenti diversi dalla derivazione di acque per il conseguimento di interessi pubblici generali ritenuti prevalenti rispetto a quelli del richiedente la concessione; nei cui confronti può residuare soltanto un obbligo di informazione delle scelte effettuate: nel caso assolto dalla Provincia con la menzionata comunicazione del 12 ottobre 2007; alla quale ha fatto immediatamente seguito, come accertato dalla sentenza impugnata, altra comunicazione del 13 novembre 2007, rivolta a rendere edotta la società della deliberazione del consiglio provinciale dell'amministrazione di realizzare le opere in questione con il sistema della finanza di progetto, piuttosto che con quello delle singole concessioni. Tant'è che detti provvedimenti sono stati impugnati dalla società davanti al TAR della Toscana, per avere sacrificato il suo interesse ad ottenere la derivazione singola, e di fatto comportato "il congelamento" dell'istanza di concessione.»

COSTITUISCE DISPARITÀ DI TRATTAMENTO LA VALUTAZIONE DI UNA SOLTANTO DELLE ISTANZE DI CONCESSIONE DEMANIALE PRESENTATE TARDIVAMENTE

TAR SARDEGNA, SEZIONE II n.135 del 15/02/2011
Relatore: Francesco Scano - Presidente: Franco Scano

PIANIFICAZIONE --> PIANI PER L'USO DI BENI PUBBLICI

Sintesi: E' illegittima la concessione pluriennale di un impianto sportivo adottata senza la previa redazione del piano annuale di utilizzo degli impianti previsto dall'apposito regolamento comunale.

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

Sintesi: E' illegittima per disparità di trattamento la concessione rilasciata in accoglimento di un'istanza tardiva se le altre istanze tardive non sono state valutate.

Estratto: « Fondata si rivela la censura di violazione dell'articolo 4 del regolamento per l'utilizzo degli impianti sportivi comunali. I provvedimenti impugnati sono stati adottati senza la previa redazione del piano annuale di utilizzo degli impianti e quindi in violazione dell'articolo 4 del regolamento. Fondata è anche l'ulteriore censura di disparità di trattamento in quanto la concessione pluriennale accordata alla controinteressata BADS è avvenuta con preferenza rispetto alla concessione annuale richiesta dalla ricorrente, nonostante le relative richieste fossero state presentate successivamente al termine del 31 maggio, previsto dall'art. 9 comma 4, ed applicabile, in virtù del richiamo contenuto al secondo comma dell'art. 10, anche per le concessioni pluriennali.»

I PROVVEDIMENTI DI DELIMITAZIONE DEGLI ATO RIENTRANO NELLA GIURISDIZIONE DEL TSAP

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE n.4461 del 24/02/2011

Relatore: Francesco Tirelli - Presidente: Paolo Vittoria

GIUDIZIO --> GIURISDIZIONE E COMPETENZA --> TSAP

Sintesi: Per la sussistenza della giurisdizione del TSAP non è necessario che gli atti amministrativi in contestazione abbiano costituito esercizio di un potere propriamente attinente alla materia delle acque pubbliche, essendo al contrario sufficiente che abbiano comunque riguardato l'utilizzazione del demanio idrico, finendo così con l'incidere in maniera diretta ed immediata sul regime delle acque.

GIUDIZIO --> GIURISDIZIONE E COMPETENZA --> SERVIZIO IDRICO INTEGRATO --> AUTORITÀ D'AMBITO

Sintesi: I ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi di delimitazione degli ambiti territoriali ottimali appartengono alla giurisdizione in unico grado del TSAP, perchè da essi discendono i successivi provvedimenti di organizzazione e conduzione del sistema idrico integrato.

Sintesi: Le cause in materia di revoca dell'adesione ad un Consorzio ATO e di annullamento della sua convenzione istitutiva appartengono alla giurisdizione del TSAP.

Estratto: « che così riassunte le rispettive posizioni delle parti, osserva il Collegio che in base al R.D. n. 1775 del 1933, art. 143, lett. a), sono devoluti al TSAP i ricorsi proposti avverso i provvedimenti definitivi presi dall'Amministrazione in materia di acque pubbliche; che nel l'interpretare la norma, queste Sezioni Unite hanno in generale affermato che per la sussistenza della giurisdizione del TSAP non è necessario che gli atti amministrativi in contestazione abbiano costituito esercizio di un potere propriamente attinente alla materia delle acque pubbliche, essendo al contrario sufficiente che abbiano comunque riguardato l'utilizzazione del demanio idrico, finendo così con l'incidere in maniera diretta ed immediata sul regime delle acque (v., fra le altre m tal senso, C. Cass. SU 2006/13692, 2006/23070, 2008/10442 e 2009/9149); che per quanto riguarda lo specifico settore di cui qui si discute, le Sezioni Unite hanno più in particolare affermato che appartengono alla giurisdizione in unico grado del TSAP anche i ricorsi avverso i provvedimenti amministrativi di delimitazione degli ambiti territoriali ottimali, perchè da essi discendono i successivi provvedimenti di organizzazione e conduzione del sistema idrico integrato (C. Cass. SU 2002/11099, 2005/7444 e 2006/6583); che proseguendo su tale linea, C. Cass. SU 2008/12165 e 2010/20777 hanno poi ricondotto alla giurisdizione del TSAP pure le cause in materia di revoca dell'adesione ad un Consorzio ATO e di annullamento della sua convenzione istitutiva; che una volta ricordati gli anzidetti principi, che il Collegio condivide e ribadisce, rimane unicamente da aggiungere che anche i provvedimenti impugnati dal CATS erano destinati ad influire sulla organizzazione e lo

svolgimento del servizio idrico integrato da parte del relativo gestore; che va, pertanto, al riguardo affermata la giurisdizione del TSAP, davanti al quale si rimettono le parti anche per quanto riguarda la liquidazione delle spese della presente fase di legittimità.»

**ALL'AZIONE RISARCITORIA INTENTATA NEI CONFRONTI DELLA P.A.
PER I DANNI CAGIONATI DAGLI ANIMALI PRESENTI SULLA STRADA SI
APPLICA L'ART. 2043 C.C.**

TRIBUNALE DI L'AQUILA, SEZIONE CIVILE del 25/02/2011
Relatore: Bianca Maria Serafini - Presidente: Bianca Maria Serafini
- Parti: De.St. e altri c. Anas

DEMANIO E PATRIMONIO --> STRADE --> RESPONSABILITÀ CIVILE - ART.
2051 --> PRESUPPOSTI

Sintesi: La figura di responsabilità ex art. 2051 c.c. postula la sussistenza in capo al responsabile di un effettivo e reale potere fisico sulla cosa produttiva del danno, condizione oggettiva che sola può giustificare la presunzione di colpa.

DEMANIO E PATRIMONIO --> STRADE --> RESPONSABILITÀ CIVILE - ART.
2051 --> BASE NORMATIVA

Sintesi: Nel caso di strade pubbliche liberamente transitabili dai cittadini è difficile ipotizzare in capo alla P.A. quella materiale potestà di fatto sul bene che giustifica l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. in caso di danno agli utenti per cui la fattispecie correttamente può essere ricondotta all'art. 2043 c.c..

Estratto: « Il tema della controversia postula preliminarmente la necessità di inquadrare la fattispecie di responsabilità addotta al fine di trarne le dovute conseguenze relativamente agli oneri probatori tra le parti. Secondo l'orientamento giurisprudenziale incontrastato per lungo tempo in caso di danni subiti dall'utente per presunta omessa o insufficiente manutenzione della strada pubblica il referente normativo della responsabilità della P.A. sarebbe costituito dall'art. 2043 c.c. che, nell'osservanza del principio del "neminem laedere", richiede che la strada aperta al pubblico transito non integri per l'utente una situazione di pericolo occulto; responsabilità configurabile allorché venga provata dal danneggiato l'esistenza di una situazione insidiosa caratterizzata dal requisito oggettivo della non visibilità e oggettivo della non prevedibilità (Ca. Civ. n. 1571/04, n. 15707/02, n. 2850/98). Secondo la giurisprudenza di legittimità più recente in caso di sinistro su strada pubblica soggetta ad uso indifferenziato e generale dei consociati la P.A. risponderebbe ai sensi dell'art. 2051 c.c. essendo la presunzione di colpa prevista dalla norma citata applicabile in considerazione della signoria sul bene pubblico da parte della P.A. che esercita poteri di gestione, disponibilità e controllo sul demanio tali da assimilarla al custode ex art. 2051 c.c. (Cass. Civ. sez. III n. 3651/06). Il danneggiato in tal caso non sarebbe più onerato della dimostrazione della verifica del danno in conseguenza di una situazione