

DEMANIO E PATRIMONIO: Demanio statale – Marittimo – Concessione – Istanza di variazione dell’oggetto da posa di ombrelloni a stabilimento balneare – Silenzio assenso – Applicabilità – Esclusione – Natura – Variazione essenziale – Conseguenze – Art. 24 cod. nav. – Inapplicabilità – Diniego – legittimità.

Cons. Stato, Sez. IV, 27 maggio 2022, n. 4280

- in *Riv. giur. dell’edilizia*, 4, 2022, pag. 1064 e ss.

1. “[...] nonostante l’ampliamento della portata dell’istituto del silenzio assenso previsto dall’art. 20 della legge n. 241 del 1990, l’ambito suo proprio è (ancora) circoscritto a quello dei provvedimenti autorizzatori (non vincolati, in quanto altrimenti si rientrerebbe nel campo della S.C.I.A.), come risulta confermato dall’elenco dei casi di silenzio assenso ora previsti dal d.lgs. n. 222 del 2016, testo legislativo ricognitivo dell’assetto preesistente, dal quale emerge, per quanto rileva in questa sede, che, con riguardo agli stabilimenti balneari, l’avvio è sottoposto a S.C.I.A. unica, previa concessione demaniale; con ciò confermando che la concessione demaniale non rientra nell’ambito di operatività del silenzio assenso [...]”.

2. “[...] la variazione consistente nella realizzazione, ad opera del concessionario, di uno stabilimento balneare (con spogliatoi, cabine, bar, ristorante), incide in maniera sostanziale sull’oggetto dell’attività imprenditoriale esercitata dal concessionario sull’area demaniale, non più limitata alla semplice posa di ombrelloni (oggetto della concessione originaria); e impedisce di utilizzare lo strumento della licenza suppletiva o della variazione della concessione. Ne deriva come ulteriore conseguenza che non si può sostenere che non vi sia un interesse dei soggetti del mercato a partecipare alla eventuale procedura di evidenza pubblica per l’affidamento della concessione.

La motivazione del diniego della variazione richiesta dal concessionario (odierno appellante), incentrata sulla inapplicabilità dell’art. 24, secondo comma, del regolamento di esecuzione del codice della navigazione in presenza di variazioni essenziali della concessione originariamente rilasciata, appare quindi del tutto conforme alla interpretazione che di detta disposizione occorre dare in forza dei principi di diritto europeo sopra richiamati [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Grosseto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2021 il Cons. Giorgio Manca e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in epigrafe, il signor Renzo Lazzi, titolare di concessione demaniale marittima, ha chiesto la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, Sezione Terza, 6 giugno 2018, n. 810, che ha respinto il ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento del 2 novembre 2017 con cui il Comune di Grossetto ha respinto l'istanza del concessionario volta a modificare il contenuto della concessione originaria (atto del 16 giugno 2009, n. 30) al fine di realizzare, al posto della sola posa degli ombrelloni, uno stabilimento balneare.
2. Come si ricava dalla esposizione dei fatti contenuta nella sentenza, la motivazione del diniego si basa sull'assunto che la predetta istanza debba qualificarsi come «*richiesta di sostanziale modificazione del contenuto della concessione originaria*», che comporterebbe il rilascio di un nuovo titolo concessorio, non assentibile in via diretta ai sensi dell'art. 24 del regolamento di esecuzione del codice della navigazione (approvato con il D.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328), ma da assegnare mediante procedura di evidenza pubblica aperta agli operatori economici del settore.
3. Impugnato il provvedimento di diniego, il T.a.r. per la Toscana, con la citata sentenza, ha ritenuto infondate le censure dedotte osservando, per un verso, come non sia applicabile la disciplina sul silenzio-assenso (data la natura concessoria della fattispecie); e, per altro verso, come la domanda presentata dal concessionario non possa essere qualificata come mera variazione della concessione già rilasciata (secondo lo schema dell'art. 24 del regolamento di esecuzione del cod. nav., sopra citato), posto che la realizzazione di uno stabilimento balneare (come proposto dal concessionario) integra una variazione dell'oggetto della concessione suscettibile di incidere sulla contendibilità economica della concessione, rendendo necessaria (anche alla luce della regola generale da ultimo affermata dalla Corte di Giustizia dell'U.E., sentenza 14 luglio 2016, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/16) la procedura di evidenza pubblica per l'assegnazione.
Anche l'omessa comunicazione del preavviso di diniego ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 non comporterebbe l'annullamento del provvedimento negativo, dovendosi applicare l'art. 21-*octies*, comma 2, della citata legge generale sul procedimento.
4. Il soccombente concessionario ha proposto appello, riproponendo i motivi del ricorso di primo grado in chiave critica della sentenza di cui chiede la riforma.
5. Si è costituito in giudizio il Comune di Grossetto, chiedendo il rigetto dell'appello e proponendo, altresì, appello incidentale con il quale ripropone le eccezioni di rito del ricorso di primo grado con riferimento:

- al difetto di lesività del provvedimento impugnato, il quale scaturirebbe da una richiesta di parere di compatibilità urbanistica delle opere connesse alla variazione dell'oggetto della concessione (da posa ombrelloni a stabilimento balneare), dando luogo quindi a un atto endoprocedimentale;
- alla inammissibilità per acquiescenza, manifestata dall'appellante mediante la sua partecipazione a precedenti procedure di gara indette dal Comune per l'assegnazione, nella medesima area già oggetto della concessione affidata per posa di ombrelloni, di nuova concessione demaniale per stabilimenti balneari;
- al difetto di interesse, perché la concessione sarebbe scaduta fin dal 2014 (originaria scadenza della concessione), posto che le disposizioni legislative in base alle quali è stata prorogato il termine dovrebbero disapplicarsi per contrasto con la direttiva UE n. 123/2006.

6. All'udienza pubblica del 16 dicembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Con il primo motivo, l'appellante deduce l'erroneità della sentenza per aver ritenuto, in violazione degli articoli 2, 20 e 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, che con riferimento alla domanda di variazione della concessione (variazione non sostanziale, ad avviso dell'appellante) non operi l'istituto del silenzio-assenso, che non sarebbe applicabile nei procedimenti concessori.

7.1. Secondo l'appellante, nel caso di specie non varrebbe l'argomento basato sulla discrezionalità (già esercitata con la scelta del piano urbanistico comunale diretta a consentire la realizzazione di stabilimenti balneari), né gioverebbe il riferimento al d.lgs. n. 222 del 2016 (il quale assoggetta a S.C.I.A. l'avvio degli stabilimenti balneari, previo rilascio della concessione demaniale), posto che l'appellante non avrebbe richiesto una nuova concessione ma solo l'autorizzazione ai sensi del citato art. 24 del regolamento di esecuzione del codice della navigazione.

7.2. Sul presupposto che alla fattispecie sarebbe applicabile il silenzio-assenso, ne deriverebbe come conseguenza che sull'istanza presentata dall'appellante il 7 maggio 2015, il silenzio-assenso si sarebbe perfezionato fin dal 22 dicembre 2015. L'amministrazione, pertanto, avrebbe potuto eliminare gli effetti equipollenti al provvedimento positivo solo procedendo con i poteri di autotutela di cui all'art. 21-*nonies* (richiamato anche dall'art. 20, comma 3 della legge n. 241 del 1990). Tuttavia, sottolinea l'appellante, nel provvedimento di diniego del 2 novembre 2017 non vi sarebbe traccia degli elementi necessari per l'adozione di un provvedimento di autoannullamento, secondo le regole del giusto procedimento. In particolare: sarebbe stato superato il termine perentorio di 18 mesi dalla emanazione del provvedimento, entro il quale l'amministrazione avrebbe dovuto procedere all'eventuale annullamento d'ufficio (termine decorso il 28 febbraio 2017, tenuto conto della data di entrata in vigore della legge 7 agosto 2015, n. 124); non emergerebbero dalla motivazione dell'atto impugnato i motivi di interesse pubblico prevalenti sull'interesse del privato alla conservazione

dell'atto; nemmeno sarebbe stato effettuato il necessario bilanciamento sotto il profilo dell'affidamento; e non sarebbe stata garantita la partecipazione al procedimento di autotutela.

8. Il motivo è infondato.

8.1. Secondo il costante indirizzo della giurisprudenza amministrativa, nonostante l'ampliamento della portata dell'istituto del silenzio assenso previsto dall'art. 20 della legge n. 241 del 1990, l'ambito suo proprio è (ancora) circoscritto a quello dei provvedimenti autorizzatori (non vincolati, in quanto altrimenti si rientrerebbe nel campo della S.C.I.A.), come risulta confermato dall'elenco dei casi di silenzio assenso ora previsti dal d.lgs. n. 222 del 2016, testo legislativo ricognitivo dell'assetto preesistente, dal quale emerge, per quanto rileva in questa sede, che, con riguardo agli stabilimenti balneari, l'avvio è sottoposto a S.C.I.A. unica, previa concessione demaniale; con ciò confermando che la concessione demaniale non rientra nell'ambito di operatività del silenzio assenso (in termini si veda Cons. Stato, V, 4 gennaio 2018, n. 52, che esclude l'operatività del silenzio-assenso anche nel caso di subingresso nella concessione ai sensi dell'art. 46 del codice della navigazione).

8.2. Si sottolinea, da parte appellante, come la tesi sostenuta dal T.a.r. porterebbe a escludere l'ammissibilità anche del subingresso di cui all'art. 46 cod. navig., ma il rilievo non coglie nel segno posto che il subingresso implica esclusivamente la sostituzione dell'originario concessionario, con il concessionario subentrante, ma non comporta la modifica del regolamento che disciplina il rapporto concessorio. Si tratta infatti della sostituzione di un soggetto nell'ambito di un rapporto concessorio preesistente (del quale permangono le condizioni e scadenze), e dunque di una novazione soggettiva (cfr. Cons. Stato, V, n. 52/2018 cit.).

8.3. Posto che sulla domanda del concessionario non si è formato il silenzio-assenso, perdono conseguentemente rilievo le censure con le quali l'appellante ha lamentato la violazione della disciplina dell'annullamento d'ufficio dettata dall'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990.

9. Con il secondo motivo, l'appellante deduce l'ingiustizia della sentenza per non aver rilevato la violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, in quanto il provvedimento di diniego del 2 novembre 2017 non è stato preceduto dal preavviso di diniego. Sul punto, nella sentenza appellata si sostiene che la partecipazione procedimentale dell'appellante non sarebbe stata necessaria perché il Comune avrebbe dimostrato in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso (art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990). In senso contrario, l'appellante rileva che nel caso di specie non si trattava di provvedimento vincolato e che comunque è mancata la dimostrazione in giudizio, da parte del Comune, in ordine al contenuto necessitato dell'atto impugnato.

10. Con il terzo motivo, l'appellante censura la sentenza per la violazione dell'art. 24 del regolamento di esecuzione del codice della navigazione, non avendo tenuto conto che l'istanza presentata dall'appellante non avrebbe per oggetto il rilascio di una nuova concessione (come erroneamente ritenuto dal Comune di Grosseto) ma riguarderebbe semplicemente la variazione del titolo concessorio originario in termini di modifica della destinazione d'uso dell'area demaniale marittima (da posa ombrelloni a stabilimento balneare). Non sarebbero modificati, infatti, né l'estensione dell'area concessa né il termine di durata della concessione originaria, ma solo l'oggetto della concessione ovvero la destinazione d'uso. Non sarebbe necessaria, ai sensi dell'art. 24 cit. nemmeno una licenza suppletiva (art. 24, comma secondo), essendo sufficiente la mera autorizzazione.

10.1 Pertanto, non trattandosi di rinnovo o di proroga della concessione n. 30/2009, l'istruttoria comunale avrebbe dovuto essere volta alla verifica dei presupposti per l'assentimento della variazione, e in particolare all'accertamento della compatibilità urbanistica della nuova destinazione d'uso richiesta dal sig. Lazzi (che il Comune di Grosseto avrebbe già compiuto favorevolmente con la variante al piano urbanistico del 2014 che localizza lo stabilimento balneare sull'arenile in oggetto). Sul punto l'appellante richiama anche quanto previsto, in tema di variazioni della concessione, dall'art. 31 del regolamento comunale sulla gestione del demanio marittimo, come interpretato dalla deliberazione consiliare n. 80 del 2008 del Comune di Grosseto, secondo cui la norma regolamentare consentirebbe *«di modificare una concessione esistente passando per esempio da “posa di ombrelloni” a “stabilimento balneare” (sempre che il Piano Quadro degli Arenili lo preveda)»*.

Si sostiene inoltre che il provvedimento impugnato si è limitato a denegare *tout court* il rilascio del provvedimento, omettendo di applicare l'art. 24 cit., sull'erroneo presupposto che il regime di proroga del termine finale delle concessioni demaniali marittime di cui all'art. 34-*duodecies* del decreto-legge n. 179 del 2012, convertito dalla legge n. 221 del 2012, e all'art. 24, comma 3-septies, della legge n.160 del 2016, comporti che le concessioni in essere siano divenute intangibili per quanto attiene ad aspetti diversi dalla durata di esse.

11. I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente data la stretta connessione, sono infondati.

11.1. Principiando dal terzo motivo, non è condivisibile l'assunto fondamentale su cui poggiano le argomentazioni dell'appellante, ossia l'asserzione che l'istanza avrebbe per oggetto una mera variazione della concessione che il Comune di Grosseto avrebbe dovuto rilasciare in via diretta [ai sensi dell'art. 24 più volte citato, e in particolare del secondo comma: *«Qualsiasi variazione nell'estensione della zona concessa o nelle opere o nelle modalità di esercizio deve essere richiesta preventivamente e può essere consentita mediante atto o licenza suppletivi dopo l'espletamento della istruttoria. Qualora, peraltro, non venga apportata alterazione sostanziale al complesso della*

concessione o non vi sia modifica nell'estensione della zona demaniale, la variazione può essere autorizzata per iscritto dal capo del compartimento, previo nulla osta dell'autorità che ha approvato l'atto di concessione»], senza ricorrere a una procedura di evidenza pubblica.

11.2. La disposizione del regolamento di esecuzione del codice della navigazione deve infatti interpretarsi alla luce dei principi affermati dalla Corte di Giustizia dell'U.E. nella nota pronuncia del 14 luglio 2016, nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15, e dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021, per le quali costituisce un termine di riferimento fondamentale (anche) il profilo dell'attività economica svolta sull'area demaniale, che qualifica l'oggetto della concessione (costituendo, altresì, un elemento per la valutazione della sussistenza dell'interesse transfrontaliero certo: v. in tal senso il punto 63 della richiamata sentenza della Corte di Giustizia, nella parte in cui si sottolinea che *«le concessioni di cui ai procedimenti principali riguardano un diritto di stabilimento nell'area demaniale finalizzato a uno sfruttamento economico per fini turistico-ricreativi»*; nonché il punto 47: *«le concessioni vertono non su una prestazione di servizi determinata dell'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale»*). Sotto questo profilo, come correttamente rilevato nella sentenza impugnata, la variazione consistente nella realizzazione, ad opera del concessionario, di uno stabilimento balneare (con spogliatoi, cabine, bar, ristorante), incide in maniera sostanziale sull'oggetto dell'attività imprenditoriale esercitata dal concessionario sull'area demaniale, non più limitata alla semplice posa di ombrelloni (oggetto della concessione originaria); e impedisce di utilizzare lo strumento della licenza suppletiva o della variazione della concessione. Ne deriva come ulteriore conseguenza che non si può sostenere che non vi sia un interesse dei soggetti del mercato a partecipare alla eventuale procedura di evidenza pubblica per l'affidamento della concessione.

11.3. La motivazione del diniego della variazione richiesta dal concessionario (odierno appellante), incentrata sulla inapplicabilità dell'art. 24, secondo comma, del regolamento di esecuzione del codice della navigazione in presenza di variazioni essenziali della concessione originariamente rilasciata, appare quindi del tutto conforme alla interpretazione che di detta disposizione occorre dare in forza dei principi di diritto europeo sopra richiamati

11.4. Ciò posto, le ulteriori argomentazioni dell'appellante si rivelano o non pertinenti (in quanto inidonee a incidere sui motivi del diniego, come per il richiamo alla compatibilità urbanistica delle opere oggetto della variazione richiesta) o infondate per le medesime ragioni sopra esposte (con riguardo alle norme del regolamento comunale per la gestione del demanio marittimo, che - al pari dell'art. 24 del regolamento di esecuzione del codice della navigazione - devono essere lette tenendo conto dei principi affermati dalla citata giurisprudenza europea e nazionale).

11.5. Individuata, nei termini più volte evocati, la ragione del rifiuto dell'amministrazione di assentire alla variazione della concessione, la sentenza impugnata va confermata anche nella parte in cui ha respinto la censura di violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 (censura qui reiterata come secondo motivo d'appello). Va sottolineato come il mancato contraddittorio procedimentale non costituisce, nel caso di specie, una ragione sufficiente per l'annullamento del provvedimento di diniego, considerato – per un verso - che nel corso del giudizio è emerso come la decisione dell'amministrazione non avrebbe potuto essere diversa da quella adottata, e – per altro verso – l'appellante non ha dimostrato che se avesse potuto partecipare al procedimento avrebbe potuto modificare il contenuto dell'atto adottato.

In tale contesto, la violazione della norma sulla preventiva comunicazione dei motivi ostativi non consente l'annullamento del provvedimento impugnato, per la preclusione posta dall'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

12. In conclusione, l'appello principale va integralmente respinto.

13. Ne deriva come ulteriore conseguenza l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto dal Comune di Grosseto, per il difetto sopravvenuto di interesse a ricorrere.

14. Le spese giudiziali vanno compensate tra le parti in ragione della peculiarità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa tra le parti le spese giudiziali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO