

GIURISPRUDENZA AL VAGLIO

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VII, 2 MAGGIO 2023,
N. 4413

Pres. CONTESSA – Rel. FRANCOLA

Omissis (avv. D. Turco)*c. Comune di Confoduri* (avv. A. Smiriglia Fava), *Ministero delle Infrastrutture e delle Mobilità Sostenibili* (avv. Stato)

Demanio – Concessione demaniale marittima – Decadenza – Art. 47, comma 1, c. nav. – Inadempimento concessionario – Valutazione bifasica – Discrezionalità tecnica – Discrezionalità pura.

RIASSUNTO DEI FATTI – Un concessionario di area demaniale marittima impugna il provvedimento di decadenza *ex art. 47 c. nav.* pronunciato nei suoi confronti dal Comune di Confoduri a causa di reiterate violazioni del medesimo concessionario consistenti nella realizzazione di opere senza il rilascio del sotteso titolo abilitativo; nel mantenimento ogni anno delle opere di durata stagionale realizzate sull'area demaniale in uso oltre il termine assegnato; nella non ottemperanza di due delle tre ordinanze di rimessione in pristino dell'area in questione pronunciate nei suoi confronti. Avverso la decisione del Tar che ha respinto il ricorso il concessionario ha proposto gravame.

Il procedimento amministrativo sotteso alla dichiarazione di decadenza della concessione demaniale marittima presuppone un'indagine volta a verificare l'avvenuta violazione degli obblighi posti in capo al concessionario ed è caratterizzato da due momenti distinti: il primo, a monte (discrezionalità tecnica), concerne le valutazioni giuridiche sulla fonte dell'obbligazione (atto di concessione) da cui consegue la condotta che il concessionario dovrebbe tenere; il secondo, a valle (discrezionalità amministrativa), riguarda il confronto tra la

condotta in concreto serbata dal concessionario e quella a cui quest'ultimo si era obbligato. Il che è indicativo di un potere discrezionale puro, o in senso ampio, implicante valutazioni di opportunità presupponenti un contemperamento di interessi (pubblici e privati coinvolti) non sindacabile in sede giurisdizionale se non per eccesso di potere dipendente da manifesta contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza o sproporzionalità della decisione. Non ogni inadempimento, dunque, giustifica l'automatica decadenza dalla concessione, potendo in tal senso l'Amministrazione determinarsi soltanto a fronte di un inadempimento di non scarsa importanza, al pari di quanto previsto dall'art. 1453 c.c. per i contratti a prestazione corrispettive, i cui elementi probatori devono essere inequivoci, precisi e concordanti. E poiché lo scioglimento di un rapporto a prestazioni corrispettive per inadempimento imputabile ad una delle parti coinvolte ha carattere eccezionale in quanto giustifica la rilevanza di un interesse (quello a non adempiere alla propria obbligazione) in genere irrilevante in quanto di mero fatto, l'inadempienza del concessionario ai propri obblighi può, dunque, ritenersi idonea a giustificare l'emanazione del provvedimento di decadenza quando delude in modo significativo l'interesse generale che la concessione in utilizzo del bene demaniale intendeva soddisfare, al punto da rendere preminente l'interesse negativo alla risoluzione rispetto all'interesse positivo alla prosecuzione del rapporto, divenendo prioritario per la salvaguardia degli interessi pubblici coinvolti la riacquisizione del possesso del bene da parte dell'Autorità concedente ⁽¹⁾.

DIRITTO – II.1. Occorre, anzitutto, premettere che l'art. 47 co.1 c. n. espressamente elenca la casistica delle ipotesi in cui, testualmente, «l'amministrazione può dichiarare la decadenza del concessionario». Secondo un certo orientamento, la richiamata disposizione normativa sarebbe esplicativa di un potere

⁽¹⁾ V. la nota di N.G. CARNIMEO e G. DELLE FOGLIE, a pag. 948.

tecnico-discrezionale limitato all'accertamento dei presupposti di fatto in presenza dei quali la decadenza costituirebbe una conseguenza automatica ed obbligata, al punto da poter essere annoverata nell'ambito della categoria dei provvedimenti vincolati, in tal senso deponendo il precedente citato Consiglio di Stato Sez. VI, sentenza n. 3044 del 17 giugno 2014 che, a sua volta, richiama una pronuncia del C.G.A.R.S. secondo cui «al ricorrere delle ipotesi decadenziali disciplinate dall'art. 47 del codice della navigazione l'Amministrazione concedente esercita una discrezionalità di tipo tecnico, dovendosi essa cioè limitare al riscontro dei relativi presupposti fattuali (cfr. C.G.A. n. 905 del 2007). Ciò comporta sul piano sostanziale che – una volta appunto accertata la sussistenza di detti presupposti – il provvedimento di decadenza ha natura sostanzialmente vincolata, con conseguente esclusione di ogni possibile bilanciamento tra l'interesse pubblico e le esigenze del privato concessionario (cfr. VI Sez. n. 2253 del 2011)» (C.G.A.R.S. 12 giugno 2012, n. 550).

II.1.1. L'assunto è infondato.

Come noto, ogni potere amministrativo deve soddisfare il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Il che non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (Corte Cost. sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa (Corte Cost. n. 115/2011). Il che, quindi, non implica la legittimità soltanto di poteri rigidamente vincolati in ogni loro aspetto, in ragione dell'impossibilità per il legislatore di prevedere e valutare a priori ogni possibile sviluppo ed implicazione o riflesso tanto per l'interesse pubblico perseguito, quanto per gli interessi pubblici e privati eventualmente coinvolti dall'esercizio di un determinato potere. Donde, la legittima facoltà per il legislatore di riconoscere alla competente Autorità Amministrativa margini di operatività, più o meno ampi, idonei a consentire una corretta calibrazione del potere esercitato in base alle peculiarità del caso concreto, nell'ottica del

migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico da soddisfare. E poiché spesso l'agire autoritativo dell'amministrazione coinvolge interessi (pubblici e privati) anche confliggenti di non agevole, né (a volte) prevedibile composizione a livello normativo, le leggi attributive disciplinanti poteri pubblici solitamente riconoscono alle Autorità competenti una certa discrezionalità in relazione a quei profili dell'esercizio del potere (ed ossia l'*an*, il *quid*, il *quomodo*, il *quando*) sui quali è opportuno demandare ad una valutazione caso per caso il suo concreto determinarsi.

Nell'ambito, quindi, di un settore contraddistinto dall'accoglimento del principio di legalità in senso forte (Corte Cost. n.115/2011), in cui cioè la legge deve determinare tutti gli aspetti fondamentali dell'esercizio del potere in modo da mantenere costantemente una pur elastica copertura legislativa dell'azione amministrativa, devono ritenersi sussistenti margini di discrezionalità implicanti valutazioni di opportunità presupponenti un temperamento degli interessi pubblici ed eventualmente anche privati coinvolti, ogniquale volta il legislatore non vincoli l'agire autoritativo dell'Amministrazione in tutti i suoi aspetti, dovendosi seguire, quindi, il criterio interpretativo secondo cui *ubi lex noluit tacuit*.

Può, dunque, affermarsi che, in linea di principio, il potere pubblico amministrativo è discrezionale, salvo che non risulti diversamente dalla norma che lo prevede o che ne regola l'esercizio.

II.1.2. Diversa dalla discrezionalità amministrativa è, poi, la c.d. discrezionalità tecnica che, come noto, rileva (a monte) sul diverso piano della verifica dei presupposti normativamente previsti per l'esercizio del potere (discrezionale o vincolato che sia), allorché il relativo accertamento presupponga l'applicazione di una regola tecnica dai concetti indeterminati o, comunque, suscettibili di apprezzamenti opinabili financo implicanti l'attribuzione di un giudizio di valore (Consiglio di Stato, sez. IV, 19 ottobre 2007, n. 5468).

II.1.3. L'opinabilità, infatti, è altro rispetto all'opportunità. Sul punto basti considerare che la prima rileva nell'ambito della valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento costituenti presupposto del potere da esercitare e, quindi, presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo emanato dall'Autorità amministrativa competente, mentre la seconda opera in

un momento successivo, traducendosi in una scelta fra interessi contrapposti una volta già ritenuti sussistenti i presupposti per l'esercizio di quel potere.

Se, dunque, la discrezionalità tecnica concerne (a monte) i presupposti del potere, la discrezionalità amministrativa (o pura), invece, riguarda le modalità (a valle) di esercizio del potere, identificabile nella normativamente riconosciuta (in modo espresso o implicito) facoltà di scelta tra più soluzioni possibili, in ordine all'an o al quid o al quomodo o al quando o a tutti o soltanto ad alcuni dei predetti profili dell'agire autoritativo.

II.1.4. Ciò chiarito, con riguardo all'applicazione dell'art. 47 co. 1 lett. f) c.n. ricorrono entrambe.

II.1.4.1. Ed invero, laddove prevede che la decadenza possa scaturire dall'inadempimento di obblighi assunti dal concessionario, la predetta disposizione normativa presuppone, anzitutto, un'indagine volta a verificare l'avvenuta violazione dei predetti obblighi che ben può implicare un mero accertamento tecnico o un accertamento tecnico discrezionale oltre che, prima ancora, valutazioni giuridiche, tenuto conto che la violazione di obbligazioni, obblighi o, in generale, doveri potrebbe proprio implicarne.

La nozione di inadempimento, infatti, è un concetto relazionale che pone a raffronto la condotta tenuta dal debitore con quella descritta nella prestazione promessa o comunque dovuta in quanto oggetto dell'obbligazione assunta, onde accertarne la coincidenza e completezza in ordine a tutti gli aspetti qualificanti sul piano dell'esecuzione, come il tempo, la quantità e la qualità.

Donde, l'individuazione di due momenti distinti: quello a monte implicante valutazioni giuridiche sulla fonte dell'obbligazione in quanto concernente l'individuazione delle condotte dovute dal debitore (*rectius*, concessionario) ed, in generale, esigibili; quello a valle inerente al successivo confronto tra la condotta in concreto serbata dal concessionario debitore e quella che sarebbe stato lecito attendersi in quanto effettivamente dovuta.

Il che comprova la possibilità che quest'ultima verifica implichi valutazioni suscettibili di apprezzamenti opinabili riconducibili nell'ambito della c.d. discrezionalità tecnica.

Ma il dato non completa l'esame, poiché quand'anche si accertasse la sussistenza di uno dei richiamati presupposti, ed ossia di un inadempimento del concessionario, l'Amministrazione

competente non sarebbe obbligata a dichiarare la decadenza dalla concessione, in tal senso essendo univocamente esplicitativo il dato testuale dell'art. 47 co.1 c.n. nella parte in cui afferma che l'Amministrazione "può" e non "deve" dichiarare la decadenza.

Il che è indicativo di un potere discrezionale puro, o in senso ampio, implicante valutazioni di opportunità presupponenti un temperamento di interessi (pubblici e privati coinvolti) non sindacabile in sede giurisdizionale se non per eccesso di potere dipendente da manifesta contraddittorietà, illogicità, irragionevolezza o sproporzionalità della decisione.

Sussistono, dunque, profili valutativi ulteriori rispetto a quelli espressamente desumibili dalla menzionata disposizione normativa ed, in quanto tali, indicativi di una significativa discrezionalità amministrativa preordinata a consentire una motivata ponderazione degli interessi coinvolti tendente a verificare la sussistenza dei presupposti di un'eventuale proficua prosecuzione del rapporto concessorio, in tal senso rilevando, senza dubbio, la gravità caratterizzante l'inadempimento del concessionario.

Non ogni inadempimento, dunque, giustifica l'automatica decadenza dalla concessione, potendo in tal senso l'Amministrazione determinarsi soltanto a fronte di un inadempimento di non scarsa importanza, al pari di quanto previsto dall'art. 1453 c.c. per i contratti a prestazione corrispettive.

La concessione di beni demaniali, infatti, è un atto complesso bilaterale preordinato a garantire, a talune condizioni, il godimento del bene ad un unico soggetto, con contestuale estromissione di tutti gli altri, nella prospettiva di assicurare il miglior soddisfacimento di predeterminate finalità pubblicistiche. Nella discrezionalità amministrativa della PA a differenza di quanto avviene a livello civilistico – le funzioni pubblicistiche sono un discrimine prioritario ed essenziale nella valutazione degli interessi perchè la concessione insiste su un bene demaniale (tra l'altro) è quindi anche la natura del bene a determinare la scelta (bene che il concessionario si impegna a non modificare e conservare e che deve restituire nello stesso stato nel quale è stato concesso) – nel caso di specie gli abusi edilizi incidono proprio sulla natura del bene e sull'uso difforme che è stato realizzato dal concessionario mettendone in pericolo la conservazione.

L'atto, dunque, nella sua complessità è sul piano strutturale simile al contratto di locazione, condividendone la natura

onerosa e la peculiare caratteristica della non consumabilità del bene concesso in godimento.

Le affinità sono tali da non rendere sempre agevole la distinzione tra il rapporto concessorio e quello meramente locativo. Sul punto occorre, infatti, precisare che, secondo quanto da tempo chiarito dalla giurisprudenza, per stabilire se si sia in presenza di concessione di un bene pubblico ovvero di un atto paritetico riconducibile alla locazione, non è sufficiente che l'Amministrazione Pubblica abbia concesso in godimento il bene al privato, essendo necessario indagare sulla natura del bene stesso, per cui solo se il bene appartiene al novero dei beni demaniali è possibile ritenere sussistente una concessione demaniale, non potendosi pervenire alle medesime conclusioni qualora invece il bene concesso in uso appartenga al patrimonio disponibile dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 03 giugno 2021, Cons. Stato, sez. V, n.4216; 8 luglio 2019, n. 4783; Cass., Sez. Un., 25 marzo 2016, n. 6019).

La concessione di beni, tuttavia, non può ritenersi un atto meramente paritetico, presupponendo, a differenza della locazione, l'esercizio di un potere che si traduca nell'emanazione di un atto autoritativo di destinazione del bene demaniale ad uno dei molteplici utilizzi possibili, in quanto ritenuto più idoneo di altri a soddisfare specifiche finalità di ordine generale. Donde, la sua natura complessa (o composita), in parte atto autoritativo ed in parte atto di natura consensuale (in relazione alla regolamentazione degli aspetti più propriamente patrimoniali) che ha giustificato il ricorso alla nozione di concessione-contratto e che rende applicabili le disposizioni del codice civile sui contratti entro i limiti di compatibilità in ragione del coinvolgimento di un potere pubblicistico che giustifica una disciplina peculiare e poteri di autotutela specifici per l'Amministrazione.

La decadenza di cui all'art. 47 c.n., infatti, non è altro che un provvedimento amministrativo di risoluzione unilaterale della concessione per inadempimento, posto che tutti i casi elencati dalla richiamata disposizione codicistica costituiscono reazione a condotte inadempienti del concessionario ritenute lesive per la tutela dell'interesse pubblico connesso alla gestione del bene demaniale concesso in uso.

E proprio in quanto atto risolutivo ad efficacia costitutiva costituente rimedio al sopravvenuto verificarsi di un elemento

distorsivo riguardante non la concessione-atto ma la concessione-rapporto, ossia lo svolgimento di quel determinato rapporto concessorio che avendo ad oggetto il godimento di beni è contraddistinto da una struttura simile a quella della locazione e che dunque impone all'Autorità concedente ed al concessionario reciproci obblighi al pari di quanto avviene tra il locatore ed il conduttore, è possibile ritenere applicabili gli artt. 1453 e ss. c.c. entro i limiti della compatibilità per quanto non espressamente stabilito dalla speciale normativa di riferimento delle concessioni dei beni demaniali marittimi.

Tra le disposizioni codicistiche applicabili deve annoverarsi l'art. 1455 c.c. che, escludendo la risoluzione nei casi in cui l'inadempimento sia di scarsa importanza riguardo all'interesse della controparte, costituisce parametro interpretativo utile a chiarire il significato da scrivere all'art. 47 co. 1 c.n. nella parte in cui, a fronte dell'inadempimento degli obblighi derivanti dalla concessione o imposti dalla legge o dai regolamenti, l'Amministrazione "può" dichiarare la decadenza del concessionario.

Quello, infatti, previsto è un potere discrezionale e non arbitrario che implica tanto un'adeguata istruttoria, quanto una compiuta motivazione della decisione adottata.

Pertanto, appare utile il richiamo all'art. 1455 c.c. che, parametrando la gravità dell'inadempimento all'interesse creditorio della controparte, implicitamente rinvia all'art. 1174 c.c., ossia all'interesse del creditore che dovrà essere soddisfatto dalla prestazione promessa dal debitore e che rappresenta la causa dell'obbligazione.

Nella disciplina dei contratti corrispettivi, in generale, la struttura contrattuale moltiplica l'evidenza dell'interesse creditorio, poiché le obbligazioni si incrociano secondo il criterio della reciprocità che esprime l'essenza causale del rapporto data dalla corrispondenza degli interessi dei contraenti a ricevere le prestazioni reciprocamente promesse. Ma accanto all'interesse positivo a ricevere si configura anche un interesse negativo a non prestare che, a differenza del primo, si traduce in un interesse di fatto non tutelato dal diritto, tranne che nei contratti corrispettivi qualora una delle parti sia inadempiente. In questi casi, infatti, l'interesse positivo a ricevere la prestazione rimasta inadempita è leso e l'interesse negativo a non prestare, giustificante lo scioglimento dalla propria obbligazione mediante la risoluzione del contratto,

diventa giuridicamente rilevante, dovendo, più precisamente, il contraente rimasto insoddisfatto dimostrare in giudizio che la delusione del suo interesse a ricevere è tale da rendere rilevante l'interesse a sciogliersi dal vincolo contrattuale che lo obbliga, a sua volta, ad adempiere alla prestazione promessa.

Nell'ambito della concessione demaniale di beni pubblici l'interesse positivo a ricevere e quello negativo alla risoluzione assumono una connotazione del tutto peculiare in ragione del coinvolgimento degli interessi pubblici connessi alle utilità ritraibili dall'utilizzo dei beni demaniali.

L'interesse perseguito dall'Amministrazione concedente, infatti, non coincide soltanto con la riscossione dei canoni demaniali pattuiti, comprendendo anche e soprattutto il soddisfacimento delle finalità pubblicistiche perseguite con la concessione.

E poiché lo scioglimento di un rapporto a prestazioni corrispettive per inadempimento imputabile ad una delle parti coinvolte ha carattere eccezionale in quanto giustifica la rilevanza di un interesse (quello a non adempiere alla propria obbligazione) in genere irrilevante in quanto di mero fatto, l'inadempienza del concessionario ai propri obblighi può, dunque, ritenersi idonea a giustificare l'emanazione del provvedimento di decadenza quando delude in modo significativo l'interesse generale che la concessione in utilizzo del bene demaniale intendeva soddisfare, al punto da rendere preminente l'interesse negativo alla risoluzione rispetto all'interesse positivo alla prosecuzione del rapporto, divenendo prioritario per la salvaguardia degli interessi pubblici coinvolti la riacquisizione del possesso del bene da parte dell'Autorità concedente.

Ecco la ragione per la quale, secondo quanto chiarito dal Consiglio di Stato, l'inadempimento che, ai sensi dell'art. 47 cod. nav., può dar luogo alla decadenza del titolo «deve essere di una certa consistenza» e gli elementi probatori della sussistenza di un'effettiva inadempienza rispetto agli obblighi nascenti dal titolo, «devono essere inequivoci, precisi e concordanti». L'Amministrazione concedente, «in osservanza del principio di gradualità e di proporzionalità nell'applicazione del provvedimento lato sensu sanzionatorio, può diffidare il concessionario dal perseverare in comportamenti violativi degli obblighi, facendo luogo al ritiro del titolo concessorio in occasione dell'accertata reiterazione del comportamento inadempiente» (così C.d.S., Sez. VI, 17 gennaio

2014, n. 232).

Secondo, dunque, la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, ai fini dell'adozione della pronuncia di decadenza, ai sensi dell'art. 47, lett. f), cod. nav., per inadempienza degli obblighi derivanti dalla concessione o imposti da norme di legge o di regolamento, assumono rilievo le inadempienze del concessionario che compromettano significativamente il proficuo prosieguo del rapporto ovvero rendano inattuabili gli scopi per i quali la concessione stessa è stata rilasciata (v. Consiglio di Stato, sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 232; 23 maggio 2011, n. 3046).

La decadenza dalla concessione, in altri termini, presuppone l'accertamento di fatti gravemente violativi degli obblighi imposti al momento del rilascio del titolo che abbiano carattere di definitività.

II.1.5. Con riguardo al caso in esame, il primo profilo dedotto con il motivo in esame è infondato, poiché le opere realizzate dall'appellante hanno determinato un parziale mutamento della prevista destinazione del bene demaniale concesso in uso, essendo propedeutiche a soddisfare finalità ulteriori rispetto a quelle stabilite nella concessione. Ed invero, le opere contestate all'appellante sono in parte propedeutiche a favorire un migliore utilizzo dell'area demaniale per i medesimi scopi previsti dalla concessione, ed in parte determinanti un uso non autorizzato del bene pubblico concesso, al punto da realizzare sul piano delle utilità ritraibili un *aliud pro alio*. A quest'ultimo riguardo ci si riferisce alla pizzeria ed all'area adibita a servizio di ristorazione menzionate al punto 1 della motivazione dell'impugnato provvedimento di decadenza. Nella concessione, infatti, si consentiva il mantenimento di un chiosco per la vendita di bibite e gelati con area destinata a ristoro, cabine, servizi, pista da ballo, locale DJ, posa ombrelloni e sedie sdraio, ma non anche la realizzazione di una pizzeria e di un'area da adibire a ristorazione.

Né, peraltro, a differente esito potrebbe pervenirsi in ragione del (pari) menzionato titolo edilizio all'uopo rilasciato dal Responsabile dell'area tecnica di autorizzazione alla realizzazione delle predette opere, poiché non implicitamente incidenti sul diritto d'uso dei beni demaniali.

I titoli edilizi, infatti, accertano la conformità di un'opera agli strumenti urbanistici vigenti, ma sono privi dell'attitudine richiesta per autorizzare un uso dell'area demaniale difforme da quel-

la autorizzata dalla relativa concessione, occorrendo all'uopo un apposito atto di variazione, nella circostanza del tutto carente, del titolo concessorio da adottare su espressa richiesta del concessionario.

E poiché, dunque, nessuna variazione risulta essere stata apportata alla concessione in questione, né richiesta dal concessionario, la censura è destituita di fondamento.

II.2. Con la seconda doglianza del primo motivo d'appello si lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha ritenuto rilevante la rimozione delle opere abusivamente realizzate sul piano del rispetto degli obblighi della concessione demaniale marittima.

II.2.1. La censura è infondata.

Sebbene, infatti, il Consiglio di Stato (sez. VII, 24 dicembre 2022, n.11300) abbia già ritenuto che l'installazione di opere amovibili (come ad esempio un chiosco in legno) non rimosse nei termini non può di per sé comportare una modifica dello scopo della concessione (coincidente con la realizzazione di uno stabilimento balneare), la ripetuta inosservanza del termine del 30 settembre previsto nella concessione demaniale marittima per la rimozione annuale delle opere propedeutiche a garantire l'uso consentito dell'area non può ritenersi del tutto irrilevante, come, peraltro, anche le opere abusive realizzate dall'appellante.

Ed invero, secondo quanto del pari chiarito dal Consiglio di Stato, l'inadempimento che, ai sensi dell'art. 47 cod. nav., può dar luogo alla decadenza del titolo «deve essere di una certa consistenza» e gli elementi probatori della sussistenza di un'effettiva inadempienza rispetto agli obblighi nascenti dal titolo, «devono essere inequivoci, precisi e concordanti». L'Amministrazione concedente, «in osservanza del principio di gradualità e di proporzionalità nell'applicazione del provvedimento lato sensu sanzionatorio, può diffidare il concessionario dal perseverare in comportamenti violativi degli obblighi, facendo luogo al ritiro del titolo concessorio in occasione dell'accertata reiterazione del comportamento inadempiente» (così C.d.S., Sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 232).

Nella fattispecie, la condotta dell'appellante è stata ripetutamente inadempiente avuto riguardo non soltanto all'inosservanza del termine annuale previsto per la rimozione delle opere stagionali regolarmente assentite ma soprattutto avuto riguardo anche alle opere abusivamente realizzate sull'area demaniale.

Analisi dei casi di decadenza della concessione demaniale, discrezionalità della P.A. ed evoluzione giurisprudenziale (*).

SOMMARIO: 1. Esercizio del potere della P.A. nei casi previsti dall'art. 47 c. nav. – 2. Uso non continuato o cattivo uso. Profili urbanistici ed edilizi. – 3. Mutamento sostanziale non autorizzato dello scopo. – 4. Mancata esecuzione delle opere previste nell'atto di concessione e mancato inizio della gestione, omesso pagamento dei canoni ed abusiva sostituzione di altri nel godimento della concessione.

1. Esercizio del potere della P.A. nei casi previsti dall'art. 47 c. nav. – La sentenza che si annota offre l'opportunità di approfondire la natura e la portata del provvedimento di cui all'art. 47 c. nav. il quale consente all'Autorità che ha rilasciato una concessione demaniale marittima la possibilità di revoca del titolo nelle ipotesi ivi contemplate ⁽¹⁾. Sulle previsioni dell'art. 47, che si fondano tutte su una causa imputabile al concessionario ⁽²⁾, si è assistito nel tempo ad un vivace dibattito giurisprudenziale su diverse e stimolanti questioni, tra le quali il rapporto con l'istituto privatistico della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 c.c. ⁽³⁾.

(*) I § 1 e 3 sono attribuibili a Nicolò Giovanni Carnimeo, associato di diritto della navigazione presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro; i § 2 e 4 sono attribuibili a Giuseppe Delle Foglie, dottorando di ricerca in diritto della navigazione presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

⁽¹⁾ Sulla natura delle ipotesi di decadenza contemplate dall'art. 47 c. nav. si rinvia a TAR Liguria, Genova, sez. II, 17 luglio 2015, n. 686, in *Foro Amm.* 2015, 2056. Nella sentenza si dichiara l'illegittimità del provvedimento di decadenza adottato a seguito di dichiarazione di fallimento dell'impresa concessionaria.

⁽²⁾ Cfr. il commento all'art. 47 c. nav. contenuto nella Relazione illustrativa al codice della navigazione pubblicata in G.U., ed. straord., 18 aprile 1942, 93.

⁽³⁾ V. TAR Liguria, Genova, sez. I, 5 marzo 2021, n. 169: «Secondo la tradizionale elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, la

La pronuncia in commento, trattando nello specifico l'ipo-

concessione di beni pubblici è una fattispecie complessa, risultante dalla convergenza di un atto unilaterale autoritativo e di una convenzione accessoria o integrativa, fonte di diritti e obblighi reciproci dell'ente concedente e del privato concessionario nell'ambito di un rapporto negoziale bilaterale (c.d. concessione-contratto). Come osservato dal Consiglio di Stato, l'atto convenzionale accessivo al provvedimento rientra nella categoria del c.d. contratto ad oggetto pubblico, nel quale la P.A. mantiene la sua tradizionale posizione di supremazia, con la conseguenza che il rapporto amministrazione/concessionario, proprio in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, non ricade in modo immediato e integrale nell'ambito di applicazione delle disposizioni del codice civile (cfr. art. 11, comma 2, della legge n. 241/1990, che richiama i soli "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti"). Ciò comporta che: i) in capo alla pubblica amministrazione concedente permane sempre, nell'ambito dello svolgimento del rapporto concessorio, un immanente potere pubblicistico, a tutela non già degli interessi meramente patrimoniali dell'amministrazione, bensì a garanzia della migliore e più efficace tutela dell'interesse pubblico sottostante alla concessione di beni pubblici, che si sostanzia nella prerogativa pubblicistica di dichiarare la decadenza del contratto indipendentemente dall'applicazione dei principi di diritto comune, quale ipotesi di revoca sanzionatoria della concessione, con conseguente decadenza de plano del contratto stipulato a valle della concessione stessa (Cons. St., sez. I, parere n. 1421 in data 18 agosto 2020; Cons. St., sez. IV, 6 dicembre 2018, n. 6916); ii) le norme e gli istituti codicistici in materia di inadempimento del contratto possono comunque trovare applicazione in quanto compatibili, sulla base di una verifica puntuale e in concreto del tipo di contratto considerato, ovvero se espressamente richiamati (Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653; Cons. St., sez. IV, 3 dicembre 2015, nn. 5492-5496-5498-5501-5504-5505-5507-5508-5509-5510; Cons. St., sez. IV, 24 aprile 2012, n. 2433; Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2568). ritiene il Collegio che la clausola risolutiva espressa contenuta nell'art. 16 del disciplinare della concessione demaniale n. 287/2017 risulti legittima, sia ove si segua l'inquadramento dato dalle parti come istituto privatistico, sia qualora si preferisca optare per una qualificazione in termini pubblicistici. Le parti hanno fatto riferimento alla clausola risolutiva espressa, ossia ad una tipica figura civilistica di c.d. recesso impugnatorio, che consente al contraente di sciogliersi dal sinallagma contrattuale nell'ipotesi di violazione di una o più specifiche obbligazioni, il cui inadempimento viene assunto *in re ipsa* come di non scarsa importanza. Peraltro, al di

tesi di cui alle lettere c) e f) dell'art. 47 c. nav., rispetto al tradizionale orientamento giurisprudenziale offre un *quid novi* rispetto al potere discrezionale della P.A. ⁽⁴⁾ in quanto propo-

lità del *nomen iuris* impiegato, la previsione in oggetto si presta altresì ad essere configurata quale specificazione dell'ipotesi di decadenza dalla concessione per inadempienza degli obblighi di cui all'art. 47, lett. a) e lett. f), cod. nav. (cfr. Cons. St., sez. IV, 6 dicembre 2018, n. 6916, cit., che ha ricondotto la clausola di una convenzione ausiliaria ad un provvedimento concessorio negli schemi pubblicistici della revoca sanzionatoria, ritenendo eccessivamente restrittivo il riferimento alla clausola risolutiva espressa). Una diversa e più dettagliata ricostruzione della fattispecie si ritrova in TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 18 settembre 2019, n. 746, in *Foro Amm.* 2019, 9, 1560. In questa pronuncia, nella quale oggetto della controversia era il mancato pagamento dei canoni concessori, nell'interpretazione sulla natura giuridica del provvedimento «con riferimento alle tassative ipotesi dell'art. 47 cit., si può giungere alla medesima soluzione (decadenza del concessionario come provvedimento vincolato) sia inquadrando la concessione nei tradizionali schemi pubblicistici, sia muovendo dalla natura contrattuale del rapporto concessorio».

⁽⁴⁾ Si veda, tra gli altri, G. SANTANIELLO, *Decadenza (Dir. amm.)*, in *Encicl. dir.*, XI, par. 2 e 3, 801-802. L'autore, in particolare, si sofferma sul dibattito dottrinale che vedeva contrapposti coloro (Virga e Alessi) che inquadravano l'istituto in questione tra i c.d. «atti di ritiro», cioè quegli atti per cui la «la pubblica amministrazione, allorché voglia eliminare i propri provvedimenti che risultino invalidi, inopportuni o comunque non più rispondenti alle condizioni di fatto o di diritto esistenti al momento in cui essi vennero emanati, non ha bisogno di rivolgersi all'autorità giurisdizionale, ma può provvedere a ritirarli essa stessa mediante provvedimenti esecutivi (annullamento, revoca, abrogazione)», e coloro (Zanobini e Romanelli) i quali, invece, sostenevano che la decadenza fosse uno strumento mediante il quale la pubblica amministrazione si limita ad estinguere il rapporto senza che vi sia un riesame dell'atto il quale, quindi, conserva la propria validità. In altre parole, i fautori di quest'ultima tesi ritenevano che la decadenza non potesse rientrare nel novero degli atti di ritiro poiché, in primo luogo, questi ultimi incidono non sul rapporto giuridico quanto, invece, sullo stesso atto. Ulteriore motivo portato a sostegno dagli autori della seconda tesi fonderebbe sulla circostanza che gli atti di ritiro siano privi di effetti sanzionatori. Al contrario, l'effetto decadenziale dell'atto amministrativo «ha sostanzialmente natura di sanzione, che l'amministrazione adotta a

ne una specificazione tra «discrezionalità tecnica» e «discrezionalità amministrativa» le quali rilevano come due distinti passaggi procedurali consequenziali. Il primo, infatti, attiene ad una valutazione formale circa l'esistenza dell'inadempimento sulla base della condotta del concessionario, nel secondo si realizza, invece, un vero e proprio esercizio discrezionale che viene denominato «puro»⁽⁵⁾. Quest'ultimo fonda le sue ragioni anche sull'intensità della lesione dell'interesse pubblico legato alla proficua utilizzazione del bene, tanto che l'inadempimento del concessionario deve avere le caratteristiche di «gravità» e di «consistenza» così come individuate e definite caso per caso dalla giurisprudenza.

In passato, infatti, era stato ripetutamente affermato⁽⁶⁾

carico del privato inadempiente ad obblighi assunti in dipendenza di un atto amministrativo: sanzione che l'amministrazione stessa, dotata di poteri dispositivi e quindi capace di conferire esecutorietà ai propri atti, senza bisogno di alcun giudizio di cognizione, dichiara *iure proprio*. Nel saggio, inoltre, ci si sofferma anche sulle cause che, in generale, danno vita al provvedimento di decadenza individuando tre categorie: a) inadempimento, da parte del privato, di obblighi o di modi o di ordini; b) mancato esercizio delle facoltà derivanti dal provvedimento; c) venir meno dei requisiti di idoneità. Qui si può rilevare come le ipotesi dell'art. 47 c. nav. possiedano le caratteristiche dell'ultima ricostruzione dottrinale non rientrando certamente nella categoria degli atti ritiro. Sulla decadenza della concessione demaniale marittima si rinvia, inoltre, a A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, XVI ed., Milano, 2022, 140 ss.

⁽⁵⁾ Sulla discrezionalità, senza pretesa di esaustività, si veda A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Encicl. dir.*, XIII, 65-91, nonché la bibliografia ivi richiamata.

⁽⁶⁾ Cons. Reg. Sic., 3 ottobre 2007, n. 905; Cons. St., sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2253, in *Dir. trasp.* 2012, 469, con nota di M. COLAGRANDE, *Decadenza della concessione demaniale marittima e tutela del concessionario*; Cons. Reg. Sic., 12 giugno 2012, n. 550, in *Riv. giur. edil.* 2012, 4, 934; Cons. St., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3044; Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 465; TAR Liguria, Genova, sez. I, 20 aprile 2017, n. 357, in *Foro amm.*, 2017, 4, 927; TAR Lazio, Roma, sez. II, 05 gennaio 2022, n. 76, in *Foro amm.*, II 2022, 1, 102.

che l'autorità concedente doveva esercitare solamente una discrezionalità tecnica limitandosi ad accertare l'esistenza dell'inadempimento a cui sarebbe conseguita quasi in automatico l'adozione del provvedimento di decadenza, il quale, pertanto, assumerebbe una natura vincolata ⁽⁷⁾. Qualunque altro tipo di valutazione non sarebbe rientrata nel perimetro discrezionale dell'ente concedente; è stato, infatti, specificato: «una volta, appunto, accertata la sussistenza di detti presupposti il provvedimento di decadenza ha natura sostanzialmente vincolata, con conseguente esclusione di ogni possibile bilanciamento tra l'interesse pubblico e le esigenze del privato concessionario» ⁽⁸⁾.

Tale impostazione, tuttavia, sembra contraddire anche il dato letterale della norma quando si afferma (art. 47, comma 1, c. nav.) che l'amministrazione «può» e non «deve» dichiarare la decadenza, determinando la necessità di un'ulteriore valutazione che ben si inquadra nel rapporto sinallagmatico tra P.A. e privato disegnato dal c. nav. In ambito demaniale la natura della discrezionalità (pura) si evince già nel procedimento di individuazione dell'aspirante concessionario operato sulla base dei requisiti che meglio garantiscano il proficuo utilizzo del bene e ciò a garanzia della più efficace tutela dell'interesse pubblico sottostante alla concessione dei beni demaniali. Le stesse esigenze si ritrovano nel provvedimento di revoca di cui all'art. 42 c. nav. nel quale la P.A., sebbene nel perimetro di cui al comma 2, possiede un'ampia discrezionalità che non è certo solo di natura tecnico-accertativa come del resto è stato più volte

⁽⁷⁾ Così Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2022, n. 518, ove viene precisato: «È necessario non confondere l'esercizio di discrezionalità tecnica e l'esercizio di potere vincolato. La discrezionalità tecnica è un potere sull'*an* esercitato in conformità ad una scelta tecnica. In caso di discrezionalità tecnica la norma individua già l'interesse prevalente, sicché i margini comparativi della pubblica amministrazione sono limitati ma assolutamente sussistenti».

⁽⁸⁾ Sul punto si rinvia a Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 465, cit.

ribadito dalla giurisprudenza: «non v'è dubbio che la determinazione ampliativa dell'amministrazione sia suscettibile di ampia discrezionalità in punto di revoca, seppur "limitata", quanto agli scopi da perseguire in relazione a "specifici motivi inerenti al pubblico uso del mare o per altre ragioni di pubblico interesse". È altresì agevole per l'interprete rilevare che l'ultima parte del citato comma amplia notevolmente il perimetro della statuizione revocatoria, laddove esso fa riferimento anche ad "altre ragioni di pubblico interesse"»⁽⁹⁾. Nella pur diversa natura e funzione degli istituti di cui agli artt. 47 e 42 c. nav., a nostro avviso, non vi sono e non possono esservi ragioni che portino a considerare un differente esercizio del potere discrezionale della P.A.

Tornando poi nell'orbita interpretativa tracciata dalla sentenza in commento, quest'ultima si premura di precisare che non ogni inadempimento possa comportare la decadenza del titolo concessorio, poiché oltre alla natura dello stesso se ne deve valutare l'intensità: «potendo in tal senso l'amministrazione determinarsi soltanto a fronte di un inadempimento di non scarsa importanza, al pari di quanto previsto dall'art. 1453 c.c. per i contratti a prestazione corrispettive».

Nel realizzare un confronto con le patologie dell'apparato contrattuale civilistico deve citarsi, oltre all'art. 1453 c.c., anche il successivo art. 1455 c.c., secondo il quale l'adempimento non deve essere di «scarsa importanza», dovendo l'indagine giudiziale essere realizzata sul comportamento complessivo delle parti nel rapporto contrattuale, individuando gli elementi soggettivi e oggettivi capaci di determinare la «gravità»⁽¹⁰⁾ delle condotte.

⁽⁹⁾ Così Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3428, in *Foro amm. CDS* 2011, 6, 2025. In giurisprudenza si è osservato che, anche laddove la concessione sia assistita dalla più alta garanzia di stabilità, non si dubita della circostanza per cui essa resti soggetta a potestà revocatoria del concedente (Cons. St., sez. VI, 6 aprile 2000, n. 3775).

⁽¹⁰⁾ La giurisprudenza ordinaria, in tema di applicazione dell'art.

Tali criteri generali possono certamente condurre anche l'azione amministrativa della P.A. sebbene, sotto questo profilo, la giurisprudenza amministrativa abbia individuato altre caratteristiche, precisando che «l'inadempimento che può dar luogo alla sanzione della decadenza debba essere di una certa consistenza e che gli elementi probatori riguardo all'effettiva ricorrenza di un'ipotesi di inadempienza, rispetto agli obblighi nascenti dal titolo, debbano essere inequivoci, precisi e concordanti. La possibilità per il giudice di apprezzare tali elementi al fine di valutare l'adeguatezza del provvedimento applicato rientra nei poteri impliciti al sindacato giurisdizionale sull'atto» ⁽¹⁾.

1455, ha affermato che il giudice, al fine di pronunciarsi sulla richiesta di risoluzione contrattuale, deve procedere alla valutazione sinergica del comportamento delle parti «attraverso un'indagine globale ed unitaria dell'intero loro agire, anche con riguardo alla durata del protrarsi degli effetti dell'inadempimento, perché l'unitarietà del rapporto obbligatorio a cui ineriscono tutte le prestazioni inadempite da ognuno non tollera una valutazione frammentaria e settoriale della condotta di ciascun contraente ma esige un apprezzamento complessivo» (Cass. 16 marzo 2023, n. 7649, in *Giust. civ. mass.* 2023). Ancora, si è precisato che la valutazione in ordine alla gravità dell'inadempimento contrattuale in sede civilistica «deve tener conto di criteri oggettivi (ossia quanto l'inadempimento ha inciso nell'economia complessiva del rapporto, così da determinare uno squilibrio del sinallagma contrattuale), nonché di elementi di carattere soggettivo (ossia il comportamento di entrambe le parti: ad esempio, un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra), che possono attenuare l'intensità della gravità dell'inadempimento» (App. Milano, sez. IV, 22 novembre 2022, n. 4052; il principio è pacifico, si veda anche Trib. Bari 15 aprile 2022, n. 1432).

⁽¹⁾ Cons. St., VI, 17 gennaio 2014, n. 232, in *Foro amm.* 2014, 1, 155; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 15 febbraio 2018, n. 408; TAR Lazio, Roma, sez. II, 5 gennaio 2022, n. 76, cit. Al contempo, la stessa giurisprudenza ha osservato che la commissione di abusi edilizi di lieve entità quali, ad esempio, la realizzazione di una recinzione di facile amovibilità assoggettata a sola segnalazione certificata di inizio di attività, non integra violazione edilizia connotata da estremi di gravità (così Cons. St., VI, 23 maggio 2011, n. 3046, in *Foro amm. CDS*, 2011, 5, 1659).

Allo stesso modo è consentito al concessionario, colpito da provvedimento di decadenza, provare in giudizio di non aver disatteso gli obblighi primari posti a suo carico dal disciplinare di concessione e di non aver svolto attività in pregiudizio del bene demaniale e della sua naturale destinazione consentendo i controlli degli organi pubblici ⁽¹²⁾.

Gli stessi orientamenti giurisprudenziali, d'altronde, trovano il conforto della dottrina ⁽¹³⁾ secondo cui non ogni infrazione da parte del privato può condurre a decadenza, ma solo se questa sia «qualificata» e cioè grave e ingiustificata in modo che venga pregiudicata la prosecuzione del rapporto e, quindi, l'esigenza di pubblico interesse ⁽¹⁴⁾.

Nel caso di inadempienze degli obblighi derivanti dalla concessione o imposti da norme di legge o di regolamento (art. 47, lett. f, cod. nav.) è stato rilevato che occorre accertare se gli inadempimenti compromettano gravemente

La dottrina, d'altronde, trattando il tema generale della decadenza, ha avuto modo di osservare che «L'inadempimento può riferirsi ad obblighi derivanti dalla legge o a modi imposti con lo stesso atto amministrativo (di concessione, di autorizzazione, di ammissione, ecc.) ovvero agli ordini impartiti dalle autorità aventi la vigilanza sull'attività concessa, autorizzata, consentita (VIRGA). Non ogni infrazione da parte del privato può dare adito a decadenza, ma solo una infrazione "qualificata", in quanto, cioè, essa sia grave e ingiustificata, cosicché la prosecuzione del rapporto venga a pregiudicare le esigenze del pubblico interesse» (G. SANTANIELLO, *op. cit.*, 802).

⁽¹²⁾ Cons. St., sez. VI, 23 maggio 2011, n. 3046, cit.

⁽¹³⁾ Vedi G. SANTANIELLO, *op. cit.*, 801-802.

⁽¹⁴⁾ Anche a fini di esaustività, bisogna precisare come la decadenza della concessione demaniale marittima, avendo natura sanzionatoria, può comportare conseguenze ulteriori rispetto alla mera chiusura del rapporto concessorio tanto che è stato riconosciuto all'amministrazione concedente un potere permanente di pronunciare la decadenza del concessionario e, quindi, anche in un momento successivo alla scadenza della concessione e, comunque, per tutto il tempo ragionevolmente necessario al completamento degli opportuni accertamenti in relazione alle violazioni contestate, v. TAR Campania, Salerno, sez. II, 27 ottobre 2003, n. 1308, in *Giur. merito* 2004, 398.

il proficuo prosiegua del rapporto concessorio oppure ne rendano inattuabili gli scopi ⁽¹⁵⁾.

A nostro avviso, però, per una corretta esegesi dell'esercizio discrezionale, è necessario realizzare una distinzione tra le diverse ipotesi di decadenza dell'art. 47 c. nav. Se nelle ipotesi di cui alla lett. b), c) e f), si concorda con quanto affermato dalla sentenza in esame riguardo alla discrezionalità pura della P.A., per le lett. a), d) ed e), e cioè, rispettivamente, nei casi di mancata esecuzione delle opere o mancato inizio della gestione, omesso pagamento del canone e abusiva sostituzione di altri nel godimento della concessione, può ravvisarsi l'esigenza di una mera discrezionalità tecnica della P.A. Ciò in quanto per la valutazione dell'inadempimento di quest'ultima casistica è necessario il semplice accertamento della circostanza fattuale prevista nel contratto di concessione. Tale impostazione offre un criterio interpretativo che contempla sia la portata innovativa della pronuncia in commento che l'impostazione giurisprudenziale tradizionale, suddividendone così gli ambiti, come si preciserà meglio in seguito nella disamina delle singole ipotesi di decadenza.

2. *Usa non continuato o cattivo uso. Profili urbanistici ed edilizi* – La stessa impostazione delle lettere c) e f) art. 47 c. nav. si ritrova anche nel caso di «uso non continuato» o «cattivo uso» di cui alla lett. b). Ci si soffermerà inizialmente sulla prima ipotesi che non è meno grave delle altre poiché viene lesa un primario interesse pubblico all'utiliz-

⁽¹⁵⁾ TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 09 ottobre 2009, n. 1523. Nel caso di specie è stato censurato il provvedimento di decadenza poiché i lavori effettuati dal concessionario (condotta di adduzione d'acqua) non erano in contrasto con il disciplinare di concessione (che conteneva espressa previsione per cui «il concessionario si impegna attivare ed assicurare» una serie di servizi nominativamente indicati fra i quali la «fornitura acqua»), né potevano considerarsi eseguiti in violazione di obblighi imposti da norme di legge o di regolamento poiché l'intervento era assistito da plurime autorizzazioni.

zo del bene demaniale che merita di essere evidenziato. La giurisprudenza ha affermato ⁽¹⁶⁾ che, nel periodo di valenza del titolo concessorio, l'accertamento della mancata apertura dello stabilimento balneare durante la stagione estiva comporta certamente la dichiarazione di decadenza. Tale inadempimento impatta su obblighi essenziali nell'ambito del rapporto poiché la concessione ha lo scopo di fornire all'utenza specifici servizi, specie laddove si consideri anche la sottrazione del bene demaniale rispetto alla libera utilizzazione che è quella conforme alla natura del bene. Né, come avvenuto nel caso appena riferito, vale, ad evitare il provvedimento di decadenza, che il concessionario abbia continuato a fornire solo alcuni servizi utili alla collettività quali il salvamento e la pulizia della spiaggia.

Si è osservato ⁽¹⁷⁾, inoltre, che l'assenza, nell'atto di concessione di una clausola che indichi espressamente il periodo di non uso continuato, non comporta l'illegittimità del provvedimento affittivo laddove l'amministrazione competente, a seguito di ripetuti controlli e verifiche, abbia accertato il mancato uso continuato del bene demaniale. La stessa pronuncia, tra l'altro, ha precisato che il proficuo utilizzo della concessione è preponderante nel rapporto instaurato tra il privato e la P.A. e tale da giustificare, da un lato, la vigilanza dell'ente concedente rispetto allo scopo per cui è stato rilasciato il titolo nonché, dall'altro, il corrispettivo obbligo collaborativo del concessionario per cui è tenuto a fornire ogni elemento connesso all'osservanza del disciplinare di concessione.

Anche in questi casi, lett. b) e c), quindi, risulta indispensabile l'esercizio discrezionale (puro) della P.A. che deve realizzare una comparazione tra le attività poste in essere e

⁽¹⁶⁾ TAR Lazio, Latina, sez. I, 11 gennaio 2017, n. 10, in *Foro Amm.* 2017, 1, 215. Lo stesso principio è stato affermato anche in relazione all'ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 47.

⁽¹⁷⁾ Cons. St., sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2253, in *Foro amm.* 2011, 4, 1290.

il generale interesse pubblico sotteso al provvedimento di concessione. Si tratta di un interesse composito il quale attiene alla valenza turistica del litorale, alla necessità di gestione di alcune aree demaniali, anche sotto il profilo ambientale, nonché alla rarità e scarsità delle risorse concedibili le quali necessitano una adeguata valorizzazione e proficua utilizzazione. Tale ultimo aspetto emerge in una pronuncia in materia di utilizzo di banchine in area portuale (art. 18, legge n. 84/1994) ove è stato specificato che «la concessione di un bene demaniale, in quanto comporta la sottrazione del bene stesso all'uso generalizzato, per consentirne un uso particolare, è atto ampiamente discrezionale, con il quale l'ente proprietario persegue l'interesse pubblico alla migliore fruibilità del bene medesimo»⁽¹⁸⁾. Il collegio afferma poi: «le banchine del porto costituiscono un bene raro e che, dunque, non si può pensare di lasciarle inutilizzate», considerazione che ben si conforma anche alla «spiaggia» (ugualmente annoverata tra i beni dell'art. 28 c. nav. che ne possiede la stessa valenza pubblicistica), la quale può essere considerata un bene prezioso o, meglio, una risorsa «scarsa»⁽¹⁹⁾. Per tale motivo è oggetto di una puntuale pianificazione regionale e comunale nella quale viene offerta la possibilità di utilizzare per finalità turistico ricreative solo una determinata percentuale del litorale, per

⁽¹⁸⁾ TAR Friuli-Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 24 maggio 2018, n. 168, in *Foro Amm.* 2018, 5, 862, secondo cui «l'art. 47 comma 1, lett. b), Cod. Nav., sanziona con la decadenza dalla concessione il concessionario che non utilizzi in modo continuato il bene concesso».

⁽¹⁹⁾ Il concetto di «scarsità» relativo al demanio marittimo, a partire dal dato normativo (art. 12, direttiva 2006/123/CE), è stato dibattuto in giurisprudenza sia a livello europeo (C. giust. UE, sez. V, 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, c.d. «Sentenza Promoimpresa», in *Riv. Giur. Edil.* 2016, 4, I, 385) sia a livello nazionale (Cons. Stato, ad. plen., 09 novembre 2021, nn. 17 e 18), sebbene ai fini regolatori della concorrenza. È utile segnalare che la decisione n. 18 dell'Adunanza Plenaria è stata recentemente annullata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 32559 del 23 novembre 2023.

lasciare ampio spazio alla c.d. spiaggia libera.

Le stesse esigenze legate alla c.d. discrezionalità pura si ritrovano nell'ipotesi del «cattivo uso» del bene demaniale dove ugualmente all'accertamento dell'inadempimento deve seguire una valutazione sull'entità dello stesso per arrivare alla dichiarazione di decadenza che, a maggior ragione in questo caso, assume natura sanzionatoria. In tale ottica, quindi, è stato ritenuto illegittimo il provvedimento di decadenza pronunciato, tra le altre cose, per aver il concessionario costituito ipoteca sul bene demaniale anziché sulle opere ivi realizzate come pure consentito, previa autorizzazione, dall'art. 41 c. nav. ⁽²⁰⁾. Secondo il TAR Liguria, infatti, la costituzione di ipoteca sul bene demaniale concesso in uso, in luogo delle opere ivi realizzate, non potrebbe integrare gli estremi della violazione dell'art. 47, lett. b), c. nav., poiché tale ipoteca sarebbe nulla e improduttiva di effetti donde «non si sostanzierebbe nell'uso né buono né cattivo del bene demaniale» ⁽²¹⁾.

Vi è una sostanziale uniformità e congruenza tra le ipotesi di cui alla lett. b) e quelle alla lett. f), quanto al giudizio sulla gravità dell'inadempimento e riguardo all'esercizio del potere discrezionale puro. La giurisprudenza, ai fini dell'adozione del provvedimento, ha precisato che in questi casi «assumono rilievo le inadempienze del concessionario che compromettano con caratteri di definitività il proficuo prosieguo del rapporto, ovvero rendano inattuabili gli scopi per i quali la concessione stessa è stata rilasciata» ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ TAR Liguria, Genova, sez. II, 17 luglio 2015, n. 686, in *Riv. giur. edil.* 2015, 5, I, 1194.

⁽²¹⁾ La stessa pronuncia precisa anche che nemmeno sussisterebbe la violazione dell'art. 47, c. 1, lett. f), c. nav., «in quanto, anche ove fosse configurabile un obbligo di astensione dalla concessione dell'ipoteca, in capo al concessionario simile obbligo non può ritenersi violato dalla concessione di una ipoteca nulla».

⁽²²⁾ Così TAR Lazio, Roma, sez. II, 5 gennaio 2022, n. 76, cit. Qui si precisa che la pronuncia citata concerne un'ipotesi di decadenza

La stessa pronuncia, affrontando la tematica della realizzazione di opere abusive sull'area demaniale in concessione, rivela come, spesso in combinato disposto con la lett. f), la valutazione in ordine alla gravità dell'inadempimento deve tener «conto dei profili qualitativi degli interventi realizzati nel contesto complessivo di quelli prescritti, del grado di determinatezza degli interventi previsti, dei tempi procedurali necessari al rilascio dei titoli autorizzativi e del comportamento del titolare della concessione da valutare in controtelaio rispetto all'azione delle Amministrazioni coinvolte nei procedimenti autorizzatori e della stessa Amministrazione concedente; valutazione ponderata dell'assetto complessivo di interessi connotante il rapporto concessorio e la sua evoluzione nel tempo. Solo all'esito di una valutazione dei presupposti della declaratoria di decadenza, poggiata su una congrua ponderazione di tali elementi, l'effetto decadenziale diviene una scelta vincolata per l'Amministrazione» (23).

Si deve notare che le violazioni edilizie nella casistica giurisprudenziale sono uno dei motivi più frequenti di decadenza, proprio rispetto all'ipotesi del «cattivo uso» di cui alla lett. b), poiché viene violata l'integrità del bene demaniale, nonché l'esigenza di un ordinato sviluppo urbanistico in un'area caratterizzata anche da stringenti misure di tutela ambientale e paesaggistica.

Quanto all'*iter* istruttorio della dichiarazione di decadenza è necessario che questa abbia caratteristiche di autonomia rispetto ad altri provvedimenti adottati dalla P.A. riguardo lo stesso rapporto concessorio. In una fattispecie esamina-

ai sensi della lett. a) e della lett. f), art. 47 c. nav., e, tuttavia, come si avrà modo di precisare *infra* (par. 4), chi scrive ritiene che la fattispecie afferente la mancata esecuzione delle opere prescritte nella concessione e il mancato avvio della gestione non siano caratterizzate dal doppio profilo di discrezionalità (tecnica ed amministrativa) quanto solo dalla prima.

(23) TAR Lazio, Roma, sez. II, 5 gennaio 2022, n. 76, cit.

ta dal TAR Lecce, ad esempio, l'Amministrazione, all'esito di una richiesta di proroga, accertava alcuni abusi edilizi sull'area demaniale e provvedeva così non solo a negare il rinnovo della concessione, ma anche a dichiararne la decadenza con lo stesso atto. Più nel dettaglio, nel caso trattato, con il provvedimento di avvio del procedimento l'ente locale si era limitato a significare l'accertamento delle opere abusive e, quindi, l'insussistenza dei presupposti per la proroga della concessione, senza, tuttavia, fare alcun riferimento alla volontà di esercitare il proprio potere di accertamento della decadenza della concessione a causa delle violazioni edilizie. Il TAR salentino, quindi, ha avuto modo di precisare che la dichiarazione di decadenza rappresentava un «*quid novi* del provvedimento conclusivo del procedimento, avente rilevanza assorbente e dirimente ai fini del diniego di proroga della concessione, rispetto al quale la ricorrente, in violazione dell'art. 10-*bis* della legge 241/1990, non è stata posta nelle condizioni di contraddire utilmente in sede procedimentale e di rappresentare ogni circostanza utile e rilevante ai fini della complessiva valutazione della sua condotta, ivi compreso l'eventuale impegno della società ad attivarsi per la riduzione in pristino degli interventi abusivi»⁽²⁴⁾.

3. *Mutamento sostanziale non autorizzato dello scopo* – L'impresa turistico balneare sul demanio marittimo⁽²⁵⁾ offre alla sua utenza una pluralità di servizi tra cui il principale, il quale attiene specificamente all'oggetto della concessione

⁽²⁴⁾ TAR Puglia, Lecce, sez. I, 20 aprile 2022, n. 622. Per dovere di completezza, si precisa che relativamente all'ingiunzione di ripristino delle opere abusive, il collegio ne ha confermato la legittimità poiché la natura abusiva delle opere, acclarata documentalmente, non poteva che condurre al provvedimento effettivamente adottato dall'Amministrazione. La sentenza è stata confermata anche in appello (Cons. St., sez. VII, 21 marzo 2023, n. 2855).

⁽²⁵⁾ Sul tema dell'impresa balneare v. *L'impresa balneare sul demanio marittimo* (a cura di S. Zunarelli e N. Carnimeo), Bari, 2019.

e ne connota la destinazione nonché l'utilizzo, è il servizio di balneazione, ovvero la fornitura di postazioni attrezzate con sedie ed ombrelloni. Oltre a quelli obbligatori, quali il salvataggio e il presidio di primo soccorso, vengono altresì offerti altri servizi turistici quali bar, ristoranti, noleggio imbarcazioni, sauna, o si prevedono utilizzi diversi dello spazio offerto in concessione quali l'intrattenimento musicale e danzante anche in orari di apertura diversi da quelli previsti nell'ordinanza balneare regionale. Questi ultimi sono stati qualificati come «accessori», attività secondarie rispetto a quella principale, tanto è vero che il c. nav., all'art. 45-*bis*, offre la possibilità che vengano affidati «in casi eccezionali e per periodi determinati» ad altri soggetti sempre «previa autorizzazione dell'autorità competente». Quella dell'art. 45-*bis*, come noto, è una forma tipizzata di subconcessione⁽²⁶⁾ in cui la P.A. deve sempre valutare il proficuo utilizzo legato alla natura demaniale del bene e ai pubblici interessi che vi sono connessi e intimamente legati⁽²⁷⁾. La stessa valenza ha l'autorizzazione che deve essere richiesta per l'avvio di qualunque attività capace di mutare sostanzialmente lo scopo della concessione.

Da qui una delle cause di decadenza previste nell'art. 47 alla lett. c), tema a cui si riferisce anche l'art. 24 reg. esec. c. nav quando prevede una richiesta preventiva per «qualun-

⁽²⁶⁾ A. LEFEBVRE D'OVIDIO-G. PESCATORE-L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, cit., 139.

⁽²⁷⁾ Sempre in tema di subingresso, il TAR Sicilia, Catania, sez. III, 21 novembre 2013, n. 2788, ha avuto modo di osservare come l'introduzione dell'art. 45 *bis* consenta oggi all'autorità concedente, almeno rispetto al passato in cui aveva nel concessionario l'unico interlocutore qualificato, di non dover più «vigilare su di una indefettibile coincidenza fra titolarità del rapporto concessorio ed utilità ritraibili mediante l'impiego del bene demaniale all'interno del ciclo produttivo dell'impresa gestita dal concessionario, poiché "l'art. 45 bis c. nav. prevede una possibile, anche parziale, scissione tra titolarità e gestione della concessione, in tal modo implicando una differenziazione dei corrispondenti rapporti giuridici" (TAR Lazio, Latina, 11 aprile 2005, n. 340)».

que variazione» anche «nelle modalità di esercizio» della concessione.

In una pronuncia del Consiglio di Stato ⁽²⁸⁾ è stato esaminato il caso di uno stabilimento balneare in Puglia (Gallipoli) che di fatto si era trasformato in una «discoteca a cielo aperto» come emerge dagli atti e da prove documentali e fotografiche effettuate dalla Guardia Costiera, e ciò in concomitante violazione non solo del titolo concessorio rilasciato ma anche di taluni altri obblighi rivenienti dall'allora vigente ordinanza balneare regionale. Il Consiglio di Stato, in particolare, ha confermato la legittimità dell'atto recante dichiarazione di decadenza della concessione demaniale marittima, ai sensi dell'art. 47, lett. c) e lett. f), c. nav., realizzando anche una interessante disamina sul potere discrezionale esercitato dalla P.A. che ha legittimamente realizzato un confronto «fra disposizioni codicistiche e le rilevate circostanze fattuali», e ha «evidenziato un mutamento sostanziale e profondo della destinazione in funzione della quale la concessione era stata rilasciata, con conseguente sottrazione dell'area all'uso generale da parte della collettività indifferenziata». Quanto alle caratteristiche dell'inadempimento viene rilevato il carattere reiterato e sostanzialmente continuativo di tale attività, si osserva che: «Non appare negabile, infatti, che la frequenza, la rilevanza, la durata e la dimensione degli intrattenimenti musicali realizzati in loco avesse mutato in modo del tutto rilevante, strutturale e sostanziale le caratteristiche dell'attività in concessione, assumendo carattere del tutto centrale (e certamente non accessorio e secondario, secondo quanto ammesso dal comma 6 dell'articolo 11 della l. 217 del 2011) e, comunque, impedendo per ampi lassi di tempo l'esercizio dell'ordinaria attività di balneazione». Questa attività della P.A. è certamente permeata da quei profili discrezionali, sia tecnici sia amministrativi, secondo cui l'accertamento dei presupposti

⁽²⁸⁾ Si tratta di Cons. St., sez. V, 12 settembre 2018, n. 5333.

fattuali connessi all'inadempimento deve successivamente portare ad una valutazione, di natura puramente discrezionale, sull'opportunità o meno di pronunciare la decadenza del titolo concessorio.

D'interesse sono anche le conclusioni del giudice di primo grado ⁽²⁹⁾ il quale ha fatto rilevare che il provvedimento di decadenza «trovasse fondamento (anche o in particolare) nel superamento dei limiti di emissione sonora di cui all'articolo 3, comma 1, lettera s) della vigente Ordinanza Balneare regionale», sebbene a nostro avviso tale circostanza può essere semplicemente un indice del mutamento dell'oggetto della concessione o rappresentare una reiterata violazione degli obblighi che può essere valutata dalla P.A., ma non potrebbe autonomamente assurgere a causa di decadenza ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ TAR Puglia, Lecce, sez. I, 26 gennaio 2018, n. 100.

⁽³⁰⁾ Nella stessa sentenza, un altro aspetto di interesse è quello relativo all'azione amministrativa tanto è vero che il concessionario aveva lamentato l'irragionevolezza e l'inadeguatezza della condotta della P.A. laddove questa non aveva preliminarmente trasmesso una diffida, prima di avviare il procedimento di decadenza. Il Consiglio di Stato ha rilevato come, pur dovendo l'azione amministrativa orientarsi verso i profili di proporzionalità e di gradualità, il concessionario, proprio con l'avvio del procedimento, fosse stato messo nelle condizioni di adeguarsi alle contestazioni ivi rappresentate, evitando dunque la prosecuzione dell'iter istruttorio e la successiva adozione del provvedimento sanzionatorio, e, tuttavia, abbia inteso perseguire nella sua condotta illegittima anche nel periodo successivo alla detta comunicazione ex art. 10 *bis* della legge n. 241/1990. Su tale aspetto, più in generale, può osservarsi come l'adozione del provvedimento decadenziale, dato il suo carattere afflittivo, comporti per espressa previsione di legge (art. 47, comma 3, c. nav.) l'avvio di un procedimento da parte dell'amministrazione che deve consentire al concessionario, entro un termine fisso, la possibilità di formulare delle osservazioni sulle inadempienze contestate (si veda, sul punto, anche TAR Puglia, Lecce, sez. I, 9 gennaio 2004, n. 119, in *Foro amm. TAR* 2004, 230). L'avvio di un contraddittorio procedimentale, quindi, consente alle parti di dialogare e allo stesso concessionario di rimeditare alla propria condotta attestandola sul rispetto delle prescrizioni di legge e di regolamenti o, comunque, contenute nel titolo concessorio al fine di indurre la P.A. ad una equilibrata valutazione

In disparte i profili sopra accennati, il caso citato consente di formulare alcune osservazioni anche sulla disciplina delle variazioni al contenuto della concessione (art. 24 reg. esec. c. nav.)⁽³¹⁾.

La giurisprudenza, quanto ai mutamenti sostanziali, ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni valutando, per ciascuna fattispecie esaminata, la sussistenza dei presupposti per giungere alla declaratoria (o meno) dell'ipotesi di cui

in ordine alla gravità ed alla consistenza dell'inadempimento. In tema di procedimento amministrativo finalizzato all'adozione del provvedimento di decadenza e, in particolare, ai sottesi riflessi di natura processuale, inoltre, il Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare che il concessionario, laddove manchi la comunicazione di avvio del procedimento, ha l'onere di «indicare gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto in sede procedimentale in grado d'incidere sulla determinazione dell'Amministrazione» poiché solo all'esito di tale prova graverebbe in capo all'autorità concedente l'obbligo «di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato, come prevede l'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990» (Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2020, n. 6333, in *Riv. Giur. Edil.* 2020, 6, I, 1614. Il principio è pacifico e si segnalano, tra le altre, Cons. St., Sez. II, 30 ottobre 2020 n. 6687; Sez. VI, 28 febbraio 2019 n. 1405; Sez. IV, 3 dicembre 2018 n. 6824, in *Foro amm.* 2018, 12, 2153. In dottrina, senza pretesa di esaustività, si veda R. GIOVAGNOLI, *I vizi formali e procedimentali*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. Sandulli), Milano, 2017, 1141 ss; G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.* 2017, 2, 450).

⁽³¹⁾ La prescrizione in esame precisa che «la concessione è fatta entro i limiti di spazio e di tempo e per le opere, gli usi e le facoltà risultanti dall'atto o dalla licenza di concessione» operando una distinzione a seconda che la variazione sia (o meno) sostanziale. In tal modo, laddove il concessionario intenda apportare una modifica dell'estensione della zona concessa o delle opere o delle modalità d'esercizio, deve richiedere il rilascio di un titolo concessorio suppletivo trattandosi, appunto, di modifiche sostanziali; al contrario, in tutti gli altri casi in cui non si proceda all'alterazione sostanziale del complesso della concessione, la variazione può essere autorizzata per iscritto dal capo del compartimento, previo nulla osta dell'autorità che ha approvato l'atto di concessione.

all'art. 24 reg. esec. c. nav. Si è così affermato che rispetto all'esecuzione di opere senza titolo sull'area in concessione, la norma in esame va interpretata «nel senso che qualsiasi variazione al contenuto della concessione attuata mediante la realizzazione di interventi sul suolo demaniale deve essere oggetto di una espressa autorizzazione. Il rilascio di una tale autorizzazione ha una valenza autonoma e separata rispetto ai titoli edilizi»⁽³²⁾ e, pertanto, la rilevanza (o meno), sotto il profilo edilizio, delle opere compiute non va ad incidere nella valutazione svolta dalla P.A. in rapporto alla violazione della norma in esame⁽³³⁾. Ancora, è stato osservato, nell'ipotesi afferente l'uso dell'arenile (e delle attrezzature ivi presenti) in favore di attività ricettiva (casa per ferie) in favore degli ospiti, che consentire a terzi non ospiti la possibilità di usare il bene in concessione, costitu-

⁽³²⁾ Cons. St, sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 4905, in *Riv. giur. edil.* 2013, 6, I, 1255. Un orientamento meno restrittivo, invece, era stato in passato espresso da TAR Lazio, Latina, 2 febbraio 2007, n. 101, in *Foro amm. TAR* 2007, 2, 608, secondo cui «In base ad una lettura coordinata e sistematica degli artt. 54, cod. nav. e 24, reg. att. cod. nav., deve ritenersi che l'elemento teleologico, vale a dire il collegamento funzionale tra gli interventi eseguiti sui manufatti e le finalità della concessione, permea e condiziona la valutazione che delle opere realizzate dal concessionario l'autorità marittima deve compiere al fine di considerare il loro carattere innovativo o meno rispetto al contenuto del provvedimento concessorio che quelle finalità ed usi delimita; non si può, in altri termini, ritenere apoditticamente che una modifica strutturale apportata ai manufatti utilizzati in concessione, che sia stata eseguita senza travalicare nella diversa ipotesi dell'occupazione abusiva di area demaniale, solo perché non assentita dal sindaco ovvero perché ampliativa urbanisticamente degli originari manufatti, e dunque astrattamente abusiva sul piano edilizio, sia per ciò stesso da considerarsi come una variazione contraria al codice della navigazione, ovvero impinga automaticamente nella previsione dell'art. 54 del menzionato codice».

⁽³³⁾ Il TAR, nella pronuncia di prime cure, aveva escluso nella vicenda esaminata la natura sostanziale della variazione della concessione in quanto l'intervento eseguito era stato qualificato in termini di manutenzione ordinaria.

isce una variazione sostanziale dello stesso. Ciò in quanto consentire l'uso dell'area demaniale in concessione anche a «bagnanti occasionali» trasforma l'attività in una struttura turistico-ricreativa aperta al pubblico (quindi un vero e proprio stabilimento balneare) e non più, invece, riservata ai soli ospiti della struttura ricettiva, con conseguente variazione delle modalità di esercizio della concessione. Sotto tale profilo, quindi, l'attività oggetto della concessione, di tipo essenzialmente sociale, si trasformerebbe in attività con possibili fini di lucro ⁽³⁴⁾.

Al contrario, invece, si è sostenuta la presenza di una variazione non sostanziale, ad esempio, quando l'oggetto dell'originaria concessione, i cui servizi sono dedicati ai soli clienti dell'attività principale, venga ampliato, con autorizzazione espressa, consentendo l'erogazione degli stessi servizi anche a soggetti terzi ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Cons. St, sez. IV, 3 ottobre 2014, n. 4948.

⁽³⁵⁾ Così TAR Toscana, Firenze, sez. III, 26 aprile 2017, n. 617. Nella fattispecie esaminata, un'impresa esercente attività di ristorazione su area in concessione demaniale impugnava un'autorizzazione rilasciata dal competente ufficio comunale avente ad oggetto una licenza suppletiva per modifiche non sostanziali di una concessione demaniale rilasciata in favore di un circolo nautico. Il TAR, con riferimento al caso specifico, ha puntualizzato che «la natura sostanziale o meno della variazione apportata alla concessione debba essere valutata nell'ottica demaniale, rispetto alla quale non pare che la modifica del 2016, rapportata al contenuto assunto dalla concessione in essere sin dal 2011, assuma caratteri tali da determinare una "alterazione sostanziale" del rapporto in essere. Risultano decisivi i rilievi secondo cui non vi è modifica dell'estensione demaniale, non vi è modifica dell'oggetto della concessione (che già dal 2011, senza contestazioni, comprende l'attività principale di deposito e alaggio e quella accessoria di noleggio punti ombra e somministrazione cibo e bevande), non vi è soprattutto alterazione del rapporto tra attività principale e accessoria, sicché non può dirsi che la modifica del 2016 determini una alterazione degli elementi essenziali del rapporto concessorio in essere. Corroborata la conclusione raggiunta il rilievo che il Regolamento comunale per la gestione del demanio marittimo, dando all'art. 24 una definizione di

4. *Mancata esecuzione delle opere previste nell'atto di concessione e mancato inizio della gestione, omesso pagamento dei canoni ed abusiva sostituzione di altri nel godimento della concessione* – Nei paragrafi precedenti si è posta la necessità, in linea con l'orientamento tracciato nella sentenza in nota, nelle ipotesi di procedimenti afferenti la dichiarazione di decadenza di concessione demaniale marittima, che l'amministrazione compia una prima valutazione discrezionale di tipo tecnico e poi, all'esito dell'accertamento della violazione e/o dell'inadempimento in capo al concessionario, un giudizio discrezionale puro sull'opportunità di adottare il provvedimento sanzionatorio. Tale interpretazione, certamente condivisibile per le ipotesi accennate *supra*, a nostro avviso non sembra trovare applicazione nei casi di cui alle lettere a), d), e), ravvisandosi la necessità di realizzare una distinzione interpretativa nelle varie ipotesi descritte nella norma in esame.

Si avvierà l'indagine dalla mancata esecuzione delle opere alle quali il concessionario si è obbligato nel contratto di concessione e dal mancato inizio dell'esercizio che rappresentano in ordine alfabetico la prima ipotesi (lett. a) tra le cause di decadenza. Tale collocazione, a nostro avviso, non appare casuale perché attiene a due elementi essenziali sui quali si è basata la valutazione della P.A. nell'assegnazione della concessione, ovvero l'esercizio e la valorizzazione del bene anche tramite l'eventuale esecuzione di nuove opere. Quanto ai valori fondanti lo strumento concessorio la stessa attività d'impresa balneare, pur essendo stata qualificata

“variazioni non sostanziali al contenuto della concessione demaniale marittima”, le definisca come “quelle variazioni del contenuto della concessione che non modificano lo scopo, la superficie e le opere o il titolare della concessione”, profili tutti non coinvolti dalla variazione assentita, che risulta peraltro in linea con le previsioni del Piano Attuativo (...), che per l'area in cui è situata la concessione in esame prevede l'estensione alla somministrazione di alimenti e bevande al pubblico».

dalla dottrina tradizionale come un'ipotesi eccezionale di uso del demanio marittimo, ha nel tempo acquisito una sua forte connotazione anche pubblicistica in termini turistici qualificando questa forma imprenditoriale quale essenziale nello sviluppo dell'economia costiera ⁽³⁶⁾. Vieppiù con il passaggio delle competenze alle amministrazioni regionali e comunali. In questo senso il mancato inizio delle attività previste dalla concessione così come la mancata esecuzione delle opere rappresenta un grave inadempimento il quale, una volta accertato, non avrebbe bisogno di una valutazione discrezionale pura, quanto eminentemente tecnica da parte della P.A.

Sul punto, tra l'altro, giova rilevare come il secondo comma dell'art. 47, c. nav., attribuisca alla stessa amministrazione concedente il potere di accordare al concessionario, in ipotesi appunto di mancata esecuzione delle opere o di mancato avvio della gestione, una proroga tesa a consentire l'adempimento da parte dello stesso concessionario. Ebbene, una volta acclarato, ad esempio, che quest'ultimo, all'esito dell'invito ad adempiere, continui a restare inoperoso, non resta alcun margine di valutazione discrezionale; la P.A. non può che adottare il provvedimento di decadenza il quale, quindi, diverrebbe vincolato.

Diversa, invece, può essere qualificata l'ipotesi di una esecuzione parziale delle opere previste nel contratto di concessione; qui, in effetti la discrezionalità pura riacquista rilievo poiché è essenziale verificare la gravità dell'inadempimento. In questi casi, infatti, viene solitamente contestata sia la lett. a) che la lett. f), seppure sarebbe più opportuno riferirsi solo alla lett. f) e ciò basandosi sul dato testuale della lett. a) che indica solo la «mancata esecuzione» non contemplando l'ipotesi di una parziale esecuzione; come, allo stesso modo, è differente il «mancato inizio della gestione»

⁽³⁶⁾ N. CARNIMEO, *Spunti per una riforma nella disciplina dei beni del demanio marittimo e dell'impresa balneare*, in *L'impresa balneare sul demanio marittimo* (a cura di S. Zunarelli e N. Carnimeo), cit., 5-19.

dal «non uso continuato» di cui alla lett. b).

Su questo punto si è affermato che il procedimento amministrativo finalizzato alla decadenza della concessione «non può arrestarsi, in modo meccanicistico, ad un semplice raffronto quantitativo tra valore in denaro degli interventi previsti nel piano di investimento e valore monetario degli interventi realizzati. Essa deve essere la risultante di un giudizio di gravità delle inadempienze contestate che tenga conto dei profili qualitativi degli interventi realizzati nel contesto complessivo di quelli prescritti, del grado di determinatezza degli interventi previsti, dei tempi procedurali necessari al rilascio dei titoli autorizzativi e del comportamento del titolare della concessione da valutare in controluce rispetto all'azione delle amministrazioni coinvolte nei procedimenti autorizzatori e della stessa amministrazione concedente; valutazione ponderata dell'assetto complessivo di interessi connotante il rapporto concessorio e la sua evoluzione nel tempo. Solo all'esito di una valutazione dei presupposti della declaratoria di decadenza, poggiata su una congrua ponderazione di tali elementi, l'effetto decadenziale diviene una scelta vincolata per l'amministrazione» (37). Nella vicenda oggetto di giudizio, le opere previste nell'atto di concessione erano state solo parzialmente eseguite, e l'amministrazione comunale aveva proceduto alla revoca motivando che gli importi degli investimenti effettuati non erano quelli a cui il concessionario si era obbligato, ma di gran lunga inferiori, realizzando una sorta di determinismo automatico nella valutazione della decadenza. Il Consiglio di Stato, invece, ha specificato che l'Amministrazione concedente non aveva provveduto a realizzare una valutazione complessiva della fattispecie, né aveva preso in considerazione la gravità e consistenza dell'inadempimento, presupposti che in questi casi abbiamo visto essere qualificanti dell'azione amministrativa.

(37) Cons. St., sez. VI, 21 aprile 2016, n. 1572, in *Foro Amm.* 2016, 4, 823.

Un provvedimento di decadenza, inoltre, può essere adottato dall'Autorità amministrativa anche nel corso di una procedura di appalto laddove, nella fase di aggiudicazione provvisoria, il concorrente non provveda ad integrare la documentazione necessaria per il perfezionamento dell'aggiudicazione. In tale ipotesi, infatti, permane in capo alla pubblica amministrazione, sino all'aggiudicazione definitiva, il potere di dichiarare la decadenza (o, in alternativa, disporre la revoca dell'aggiudicazione) in presenza di concreti motivi di interesse pubblico. Detto potere, in particolare, deriverebbe dalla regola generale secondo cui «è prevista la possibilità per l'autorità concedente di utilizzare gli istituti della revoca e della decadenza, anche nelle ipotesi di concessioni già rilasciate in caso di 'mancata esecuzione delle opere prescritte nell'atto di concessione o per mancato inizio della gestione nei termini assegnati' (art. 47 cod. nav.)»⁽³⁸⁾.

Quanto appena dedotto, poi, trova riscontro anche nell'ipotesi decadenziale afferente l'omesso pagamento del canone concessorio. Lo stesso art. 19, comma 1, reg. esec. c. nav., specifica che l'atto di concessione deve necessariamente contenere, tra gli altri, l'indicazione del canone, della decorrenza nonché della scadenza dei pagamenti e del numero di ratei massimi eventualmente non corrisposti dai quali consegue la decadenza del titolo. La perentorietà della norma, in questo caso, sembra non dare adito ad ulteriori margini di intervento dell'Autorità concedente che, una volta accertato il mancato pagamento del numero massimo di rate del canone indicato nell'atto, non può far altro che procedere alla dichiarazione di decadenza. Tra l'altro, nel perimetro disegnato dal codice della navigazione e a differenza

⁽³⁸⁾ TAR Puglia, Lecce, sez. I, 7 maggio 2009, n. 956. Nella fattispecie l'autorità portuale aveva dichiarato la decadenza dall'aggiudicazione provvisoria nei confronti del ricorrente per mancata presentazione della documentazione necessaria per procedere all'aggiudicazione definitiva e, quindi, al rilascio della concessione demaniale.

di quanto accade per la lett. a) e la lett. b), non è prevista la necessità, in capo alla P.A., di sollecitare al concessionario il pagamento dei canoni non corrisposti.

L'ipotesi in esame, quindi, sembra poter rientrare nell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'esercizio del potere in capo alla P.A. si sostanzia in un'attività tecnico-discrezionale in cui, accertato l'inadempimento (morosità), il sotteso provvedimento ha indubbiamente natura vincolata senza lasciare margini di (ulteriore) valutazione secondo i canoni della discrezionalità amministrativa.

Non a caso la giurisprudenza che si è occupata della fattispecie ha sempre chiarito che «al ricorrere delle ipotesi decadenziali disciplinate dall'art. 47 del codice della navigazione, l'Amministrazione concedente esercita una discrezionalità di tipo tecnico, dovendosi essa cioè limitare al riscontro dei relativi presupposti fattuali. Ciò comporta sul piano sostanziale che, accertata la sussistenza di detti presupposti, il provvedimento di decadenza ha natura sostanzialmente vincolata, con conseguente esclusione di ogni possibile bilanciamento tra l'interesse pubblico e le esigenze del privato concessionario»⁽³⁹⁾. Giova evidenziare, inoltre, che l'omesso pagamento del canone di concessione, nei termini stabiliti nel sotteso titolo, è rappresentativo di quell'orientamento giurisprudenziale che ha collegato alle ipotesi di decadenza di cui all'art. 47 c. nav. la natura di

⁽³⁹⁾ Così TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 novembre 2022, n. 14222, in *Foro Amm.* 2022, 11, II, 1464. Lo stesso TAR, inoltre, con pronuncia più datata (20 luglio 2015, n. 9840, *Riv. giur. edil.* 2015, 5, I, 119), aveva affermato che l'inadempimento connesso all'ipotesi di cui all'art. 47, lett. d), c. nav., deve comunque essere «di una certa consistenza e deve essere provato, rispetto agli obblighi nascenti dal titolo, sulla scorta di elementi inequivoci, precisi e concordanti, atteso che, in tale fattispecie, l'Amministrazione concedente deve osservare i principi di gradualità e di proporzionalità nell'applicazione del provvedimento *lato sensu* sanzionatorio». Sul tema si rinvia anche a Cons. St., sez. VI, 27 marzo 2017, n. 1391, in *Riv. giur. edil.* 2017, 2, I, 482; TAR Toscana, Firenze, 12 novembre 2015, n. 1551).

clausola risolutiva espressa ⁽⁴⁰⁾.

Ulteriore fattispecie concerne quella di cui alla lett. e) dell'art. 47 c. nav., e cioè la possibilità di dichiarare la decadenza per abusiva sostituzione di altri nel godimento della stessa poiché come è noto la concessione viene assegnata *intuitu personae*. Secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, infatti, quest'ultima ipotesi «è posta a presidio di ogni mutamento che possa investire il privato sia quale persona fisica sia quale compagine societaria al quale è stato assegnato l'uso speciale del bene» e ciò in quanto trattasi di questioni che incidono sulle qualità morali e sull'affidabilità del titolare della concessione e, quindi, «oggetto di valutazione ed accertamento al momento del rilascio del titolo concessorio nonché, ai sensi dell'art. 46 c. nav., in caso di subingresso nello stesso di altro soggetto; pertanto, non può sostenersi un'interpretazione riduttiva dell'ambito di applicazione di tale norma con limitazione alle sole ipotesi in cui il concessionario abbia perduto la disponibilità materiale del bene demaniale per l'immissione nel possesso di un soggetto terzo senza autorizzazione dell'ente proprietario» ⁽⁴¹⁾.

Anche in tali casi, quindi, appare evidente che, acclarata la violazione della norma di cui alla lett. e), in capo alla P.A. non residuerebbe che dichiarare la decadenza del titolo al

⁽⁴⁰⁾ TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 18 settembre 2019, n. 746, cit.. In tema di omesso pagamento dei canoni si segnala, altresì, TAR Latina Lazio, Latina, sez. I, 29 ottobre 2021, n. 594, che ha accolto un motivo di ricorso afferente la prescrizione in esame sulla scorta della mancata produzione in sede processuale, da parte dell'Autorità concedente, dell'originario titolo concessorio ove ricavare l'esatto numero di ratei. Secondo i giudici tale omissione documentale non rendeva evidente il processo decisionale a monte del provvedimento di decadenza e, quindi, un vizio di motivazione in ordine all'entità dell'inadempimento connesso al versamento del canone.

⁽⁴¹⁾ Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1328, in *Foro amm. CDS*, 2012, 3, 676; Principio pacifico: Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2017, n. 5582; TAR Toscana, Firenze, sez. III, 26 novembre 2010, n. 6632.

fine di una migliore tutela del bene in concessione.

NICOLÒ GIOVANNI CARNIMEO - GIUSEPPE DELLE FOGLIE