

REPUBBLICA ITALIANA

N. 6277/04 REG.DE

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 7920 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 1996

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7920/1996, proposto da **** e
****, rappresentati e difesi dagli avv.ti Ranieri FELICI e
Domenico ARLINI e presso il secondo elettivamente domiciliati
in Roma, via Nicotera 29,

CONTRO

il Comune di ***, in persona del Sindaco pt., costituitosi in
giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Giacomo Maria PERRI
e con lo stesso elettivamente domiciliato in Roma, via delle Belle
Arti 7, presso l'avv. Alessandra FERRANTI – Studio
AMBROSIO,

appellante incidentale

E NEI CONFRONTI

delle Ditte **** e ****., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti p.t., costituitesi in giudizio,

PER L'ANNULLAMENTO

della sentenza del TAR delle Marche, 23 giugno 1995, n.
302;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune appellato
e l'appello incidentale dallo stesso svolto;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti di causa;

relatore, alla pubblica udienza dell'11 maggio 2004, il Cons. Paolo BUONVINO. Nessuno è comparso per le parti.

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

DIRITTO

1) – Con la sentenza appellata il TAR ha respinto il ricorso proposto dagli odierni appellanti per l'annullamento della deliberazione 13 maggio 1992, n. 869 (e relativa nota di comunicazione 20 giugno 1992, n. 2518), recante, per un verso, la reiezione della domanda di rinnovo della concessione di suolo pubblico sito in ***, su cui insiste un chiosco adibito in parte a rivendita di giornali e in parte ad agenzia di mediazione immobiliare e, per altro verso, l'assegnazione del chiosco stesso alle ditte controinteressate, che l'occupavano in base a preesistente rapporto locatizio con gli stessi appellanti.

L'appello è infondato nel merito, sicché può trascurarsi di esaminare la reiterata eccezione di inammissibilità dell'originario ricorso per carenza di interesse svolta dal Comune con appello incidentale.

2) - Deducono gli appellanti, contestando le conclusioni alle quali è pervenuto il TAR nel rigettare il primo motivo di ricorso, che il rapporto concessorio di suolo pubblico a suo tempo instaurato tra l'Amministrazione e i medesimi, sebbene scaduto,

formalmente, il 31 dicembre 1982, si sarebbe prorogato, di fatto, *sine die* ed a pieno titolo anche negli anni successivi, essendo sempre continuata, senza contestazione da parte della P.A. e con comportamento concludente da parte dei deducenti, l'occupazione del suolo stesso, sul quale insistevano due chioschi per attività commerciali e di somministrazione, accompagnata dal regolare pagamento del canone concessorio.

Con la conseguenza che il provvedimento impugnato in primo grado avrebbe assunto, in effetti, carattere decadenziale sostanzialmente sanzionatorio; donde la sua illegittimità in quanto il rapporto avrebbe dovuto essere ritenuto tacitamente rinnovato a tempo indeterminato.

A maggior ragione, si deduce ancora, la proroga del rapporto avrebbe dovuto essere riconosciuta nella specie, dal momento che già in una precedente occasione, pur essendo scaduta la concessione (nel 1965), non di meno, la P.A., dopo otto anni, ne ha formalizzato la rinnovazione per altri cinque anni, il rapporto essendo, nelle more, incontestatamente proseguito in via di fatto; donde anche il contraddittorio comportamento della P.A. nelle due occasioni.

Nel momento in cui, quindi (25 gennaio 1992) è stata formalizzata la domanda di rinnovo della concessione, il rapporto sarebbe stato giuridicamente valido ed efficace, con tutte le forme di tutela che, conseguentemente, assisterebbero coloro che hanno avanzato detta domanda ai fini del mantenimento del

godimento, da parte degli stessi, del bene pubblico di cui si tratta.

3) - Tali doglianze non possono essere condivise.

Correttamente i primi giudici hanno rilevato che il titolo concessorio era scaduto alla fine del 1982 e che si poteva procedere al suo rinnovo solo mediante appositi atti formali.

Viceversa, alla naturale scadenza del rapporto concessorio non è seguita alcuna istanza di rinnovo o proroga del medesimo.

Vero che, dopo la scadenza, il suolo non è stato restituito alla P.A. (essendone continuata, di fatto, l'occupazione da parte dei conduttori dei chioschi insistenti sul suolo stesso, che versavano un apposito canone di affitto agli odierni appellanti) e che gli originari concessionari hanno continuato a pagare un canone a favore del Comune per l'occupazione di suolo pubblico, senza che il Comune nulla opponesse a siffatte iniziative.

Non di meno, trattandosi di rapporto pubblicistico, tali circostanze appaiono prive di rilevanza, non potendo il rapporto stesso, proprio per la sua natura pubblicistica, convertirsi automaticamente in un formale rapporto concessorio; la tollerata occupazione del bene, in altre parole, non radica alcuna posizione di diritto o di interesse legittimo in capo all'occupante di fatto; né può incidere, in senso contrario, il pagamento di somme corrispondenti all'originario canone, in quanto queste valgono solo a titolo di compenso per l'occupazione "sine titolo".

In questa situazione deve escludersi, quindi, che possa parlarsi di decadenza dal rapporto e, quindi, di provvedimento di

carattere sanzionatorio, versandosi semplicemente in presenza di una sostanziale presa d'atto della situazione oggettiva di scadenza e mancato rinnovo della concessione.

Né può parlarsi di scelta contraddittoria rispetto a quella operata molti anni prima, dal momento che le scelte dell'Amministrazione vanno correlate agli interessi che, di tempo in tempo, essa intende perseguire sulla base delle proprie scelte di discrezionalità tecnico-amministrativa; scelte che, nel 1992, ben potevano differire rispetto a quelle del 1973, avendo, del resto, segnalato il Comune, nell'atto impugnato, che, nel frattempo, era maturato un diverso orientamento circa la presenza dei chioschi lungo le mura cittadine.

4) - Gli appellanti si richiamano, poi, alla operatività, nella specie, del c.d. diritto di insistenza, inteso quale interesse degli stessi, qualificato e tutelato dal nostro ordinamento, ad essere preferiti ad altri aspiranti alla concessione e che costituirebbe un preciso limite alla discrezionalità della P.A. che, nella scelta del concessionario, dovrebbe tenere conto della posizione di colui che già si trova in tale situazione e che, quindi, potrebbe patire un nocumento dal venir meno della concessione; e tale diritto di insistenza opererebbe, al contrario di quanto ritenuto dal TAR, anche in presenza di una concessione già scaduta; con il conseguente onere della P.A. di motivare adeguatamente, nel momento in cui opera le proprie definitive scelte, comparando debitamente tra interessi pubblici ostativi al rinnovo e interessi

privati compresenti; interessi, viceversa, del tutto trascurati nella specie.

Anche tale censura non può essere condivisa.

In linea generale, va rilevato che alla concessione accede generalmente il c.d. diritto di insistenza, cioè l'interesse del concessionario, qualificato e tutelato dall'ordinamento, ad essere preferito ad altri aspiranti alla concessione; non si tratta, però, di una pretesa incondizionatamente tutelata, bensì di un limite alla discrezionalità dell'amministrazione, che nello scegliere il concessionario deve appunto tenere conto della posizione di colui che già si trova in detta posizione e che, quindi, potrebbe risentire un danno dalla cessazione dell'attività (cfr. Sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6321; Sez. IV, 1° ottobre 1993, n. 817).

Non di meno, è stato anche chiarito, in proposito (cfr. Sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6764; 27 ottobre 2000 n. 5743), che il cosiddetto “diritto d’insistenza”, cioè l’interesse del precedente concessionario ad essere preferito rispetto ad altri aspiranti alla concessione, in quanto si configura come un limite alla discrezionalità dell'Amministrazione, deve essere espressamente riconosciuto dalla legge o dall'autonomia delle parti.

Laddove, invece, nell’ultima convenzione disciplinatrice del rapporto concessorio qui in esame (in data 15 marzo 1978), non era contemplata alcuna particolare posizione del genere, prevedendosi soltanto una generica possibilità di rinnovo della concessione mediante apposito atto deliberativo, peraltro, mai

intervenuto né richiesto dagli interessati se non dopo quasi un decennio dalla scadenza del rapporto concessorio.

Si aggiunga che la presente fattispecie è caratterizzata, come desumibile dallo stesso provvedimento impugnato, da una sua propria peculiarità; i chioschi di cui si tratta, realizzati sul suolo pubblico cui si riferisce l'originario rapporto concessorio, sono stati successivamente, a più riprese, locati a terzi con il beneplacito espresso, almeno fino al 1973, del Comune; da ultimo sono stati locati nel 1987, sebbene l'ultimo formale rapporto concessorio (scadente il 31 dicembre 1982) non contemplasse in capo ai concessionari la facoltà di affittare a terzi.

Con la conseguenza che, nel momento in cui gli originari ricorrenti, il 25 gennaio 1992, hanno chiesto di formalizzare il rapporto concessorio, i chioschi che occupavano il suolo pubblico erano nel godimento di altri soggetti – odierni controinteressati – conduttori degli stessi in virtù di contratto d'affitto stipulato con i medesimi odierni appellanti.

Ebbene, in questa situazione non può neppure propriamente parlarsi di diritto di insistenza da parte di questi ultimi, dal momento che tale diritto presuppone la sussistenza di un rapporto diretto e immediato con il bene al cui rinnovo di concessione si aspira e la preesistenza di un valido rapporto concessorio; rapporto diretto che, nella specie, era, in effetti, da molti anni venuto meno, essendosi proceduto ad affittare a terzi il chiosco

insistente sul suolo pubblico, in assenza, tra l'altro, di ogni richiesta di autorizzazione, a tal fine, al Comune, nonché di una clausola convenzionale specifica atta a consentire il subaffitto dei beni stessi.

Difettando, perciò, di fatto, ogni sostanziale diritto di insistenza, deve ritenersi che la P.A. fosse libera di disporre liberamente del bene pubblico.

5) - E, sotto quest'ultimo profilo, il Comune non ha più proceduto a concedere il suolo pubblico, bensì ha ritenuto acquisiti al patrimonio comunale, essendo venuto meno il rapporto concessorio, i chioschi insistenti sul suolo pubblico e, sulla base di una propria scelta discrezionale, volta a non pregiudicare coloro che avevano, comunque, in godimento diretto i beni stessi (che occupavano in base al rapporto di affitto con gli odierni appellanti), ha agli stessi assicurato la permanenza in loco.

L'acquisizione al patrimonio comunale è avvenuta, secondo quanto affermato nella delibera impugnata, in quanto, in base all'ultima clausola dell'atto concessorio del 1978, era previsto che al termine dell'occupazione i concessionari provvedessero, a loro cura e spese, a rimettere il suolo pubblico nel pristino stato; non avendo i precedenti concessionari provveduto a tanto, il Comune ha ritenuto di poter acquisire i chioschi stessi e di poterne disporre affittandoli a terzi, ma senza concedere loro, formalmente, l'occupazione del suolo pubblico (la legittimità o

meno di tale operazione di acquisizione dei manufatti al patrimonio comunale disponibile non è oggetto di gravame innanzi a questo consesso).

Da tutto quanto sopra consegue che nessuna particolare motivazione doveva assistere il provvedimento impugnato, specie per ciò che attiene alla comparazione degli interessi in gioco, dal momento che il precedente rapporto era da tempo venuto meno e che rientrava nella discrezionalità della P.A. disporre liberamente dei propri beni; ciò ha fatto privilegiando, non illogicamente, coloro che effettivamente occupavano il bene pubblico, in attesa di assegnare il bene stesso a terzi in base ad apposita gara.

Quanto, infine, alla circostanza che i primi giudici non avrebbero erroneamente assegnato rilievo alcuno al fatto che il Comune ha lasciato gli affittuari nel godimento dei beni in questione, pur in assenza di qualsiasi loro formale richiesta in tal senso, si tratta di censura, come rilevato dal TAR, inammissibile, in quanto svolta per la prima volta solo in memoria, neppure notificata, depositata il 15 ottobre 1994.

6) – Per tale motivi l'appello in epigrafe appare infondato e, per l'effetto, deve essere respinto.

Spese del grado compensate.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, respinge l'appello in epigrafe.

Spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma l'11 maggio 2004, dal Collegio costituito dai Sigg.ri:

AGOSTINO ELEFANTE – Presidente

GIUSEPPE FARINA – Consigliere

PAOLO BUONVINO – Consigliere est.

CESARE LAMBERTI – Consigliere

NICOLINA PULLANO - Consigliere

L'ESTENSORE

f.to Paolo Buonvino

IL PRESIDENTE

f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27 settembre 2004

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Dott. Antonio Natale