

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, Sentenza n.329 del 22.04.2008

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1523/06 proposto da

SOCIETÀ NAVIGAZIONE INCREMENTO s.r.l.,

corrente in Roma, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Scuderi, elettivamente domiciliata in Palermo, via D. Trentacoste n. 89, presso lo studio Allotta;

contro

l'AUTORITÀ PORTUALE DI MESSINA, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici in via A. De Gasperi n. 81, è domiciliata *ope legis*;

e nei confronti di

DI MAIO GIOVANNI NAVALCANTIERE s.r.l., corrente in Messina, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmelo Briguglio, elettivamente domiciliata in Palermo, via D. Trentacoste n. 89, presso lo studio Allotta;

CARONTE & TOURIST s.p.a. (già TRAVEL TICKETS s.r.l.), corrente in Messina, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmelo Briguglio, elettivamente domiciliata in Palermo, via D. Trentacoste n. 89, presso lo studio Allotta;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Sicilia - sezione staccata di Catania (sez. III) - n. 1346/05 del 20 aprile - 13 settembre 2005.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Avvocatura dello Stato per l'Autorità Portuale di Messina e dell'avv. C. Briguglio per la Di Maio Giovanni Navalcantieri s.r.l. e per la Caronte & Tourist s.p.a.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il Consigliere Claudio Zucchelli;

Uditi alla pubblica udienza del 12 luglio 2007 l'avvocato I. Scuderi, su delega dell'avv. A. Scuderi, per l'appellante, l'avvocato dello Stato Bucalo per l'Autorità Portuale di Messina e l'avvocato C. Briguglio per le società appellate;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con istanze del 29 dicembre 1998, rispettivamente n. 3727 e 3728 la Società Navigazione Incremento s.r.l., (d'ora innanzi l'appellante) ha richiesto alla Autorità portuale di Messina (d'ora innanzi l'Autorità), la concessione quadriennale di due distinte aree demaniali nella rada S. Francesco.

La richiesta n. 3727 mirava a *"mantenere corsie di imbarco e sbarco automezzi, pontile di attracco delle proprie unità, specchio acqueo, opere portuali e manufatti ricadenti sopra dette aree per effettuare il traghettamento di mezzi gommati tra Messina e Villa San Giovanni."* La richiesta n. 3728 mirava al medesimo oggetto per quanto riguarda il tratto delle corsie esistenti per l'imbarco dei passeggeri, ma limitatamente ai soli primi due invasi o scivoli già esistenti e dello specchio acqueo antistante.

Esse quindi riguardavano:

- aree in uso esclusivo;
- aree in uso comune.

Con istanza del 12 ottobre 1999 l'appellante richiedeva alla Autorità l'autorizzazione all'esercizio di attività portuale imprenditoriale e la relativa iscrizione nell'apposito registro, ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 84 del 1994.

L'autorità, con decreti del 29 dicembre 1999 n. 17 e 18 respingeva le due istanze di concessione del 29 dicembre 1998 assumendo che la richiedente era priva di autorizzazione all'esercizio di impresa portuale.

Avverso i due dinieghi proponeva ricorso la appellante ed il TAR, con ordinanza cautelare, ordinava alla Autorità di esitare le due domande dopo la decisione sulla istanza di autorizzazione all'esercizio della attività portuale.

Le società Caronte s.r.l., Tourist s.r.l. il 30 dicembre 1999 chiedevano la concessione di tutte le aree della rada S. Francesco in capo alla Travel Tickets s.p.a. (di proprietà di Caronte e Tourist e d'ora in poi Travel) abilitata all'esercizio dell'impresa portuale operante nell'interesse delle due società proprietarie.

L'Autorità comunicava in data 23 agosto 2000 la esistenza delle due istanze in opposizione presentate dalle controinteressate.

L'Autorità con decreto del 10 gennaio 2000 accoglieva la richiesta concedendo in via provvisoria ai sensi dell'articolo 10 del regolamento di esecuzione al codice della navigazione fino al rinnovo della concessione o al rilascio ad altro richiedente.

Con deliberazione del 6 luglio 2001 n. 21 e del 10 luglio 2001 n. 30, l'Autorità esprimeva parere negativo e rigettava le due richieste di concessione della ricorrente in primo grado. Tali provvedimenti erano impugnati con motivi aggiunti.

L'Autorità negava le concessioni all'appellante per i seguenti motivi:

1. la richiedente avrebbe dovuto possedere la previa autorizzazione alle attività portuali ex art. 16 l. della legge n. 84 del 1994.
Quanto alla valutazione in concorrenza:
2. perché conteneva solo la promessa di acquisto di navi e di esercizio del servizio passeggeri.
3. Perché la richiedente non aveva dimostrato una sufficiente capacità imprenditoriale desumibile anche dal fatto che non ha mai iniziato l'attività.
4. La richiesta faceva riferimento ad un uso esclusivo delle banchine.

L'appellante presentava, pertanto due distinti ricorsi al TAR di Catania impugnando:

1. Il diniego della concessione demaniale di cui alla istanza del 29 dicembre 1998, n. 3727 e rispettivamente n. 3728;
2. La delibera che fissa i criteri direttivi per le concessioni ed il piano di concessioni.

Con motivi aggiunti:

3. Il parere negativo e il rigetto della richiesta di concessione demaniale come sopra.
4. La concessione alla Travel del terminal della rada S. Francesco.
5. La concessione alla Di Maio Giovanni Navalcantieri (d'ora in poi Di Maio) titolare di altra concessione nella rada.

Nei due ricorsi, principale e con motivi aggiunti, relativi ai due dinieghi di concessione, l'appellante lamentava i medesimi motivi e precisamente:

1. Violazione degli articoli 16 e 18 della legge n. 84 del 1994 e 36, 37 e 68 del cod. nav. Violazione dell'accordo di programma.
2. Illegittimità della procedura per avere deciso prima la domanda di concessione senza avere deciso sulla autorizzazione alle attività portuali che ne era il presupposto.
3. Violazione degli articoli 36 e 37 del codice della navigazione. Afferma che l'Autorità non ha valutato l'interesse pubblico alle concessioni richieste anche in correlazione con quello relativo alla concessione della Di Maio, che ben avrebbe potuto essere localizzata altrove nella rada.
4. Violazione dell'articolo 37 del codice della navigazione. Afferma che non si potevano valutare in concorrenza le istanze presentate dalle controinteressate perché pervenute in ritardo rispetto ai termini di cui all'articolo 18 del regolamento di attuazione del codice della navigazione. Infatti, a seguito della ordinanza del TAR l'appellante aveva riassunto la posizione di primo soggetto richiedente con le istanze del 1998 e quindi le istanze in concorrenza divenivano tardive rispetto a queste.
5. Violazione dell'articolo 57 della legge reg. 71 del 1978 per avere richiesto il parere della soprintendenza ai beni culturali ed ambientali, non necessario ai sensi della citata legge.
6. Contraddittorietà del provvedimento con un parere positivo del Genio Civile che aveva superato un precedente parere negativo o interlocutorio.

In tali due ricorsi si costituiva l'Autorità resistendo. Si costituiva altresì *ad opponendum* la Travel.

L'appellante presentava altresì un terzo ricorso impugnando la concessione del 10 gennaio 2000 alla Travel e la concessione della Di Maio, lamentando:

1. Illegittimità della concessione per contrasto con l'articolo 18 della legge n. 84 del 1994.
2. Violazione dell'articolo 37 del cod. nav..

L'Autorità intimata, la Di Maio, la Travel si costituivano resistendo.

In particolare eccepivano la tardività del ricorso di primo grado. La ricorrente sarebbe stata informata della esistenza di domande in concorrenza sin dal 23 agosto 2000. Pertanto, essendo il ricorso successivo ai sessanta giorni da tale data, sarebbe irricevibile nella parte in cui si rivolge contro l'illegittimità della considerazione delle domande della Travel come in concorrenza.

Infine l'Autorità rilasciava alla Caronte & Tourist s.p.a. (d'ora in poi Caronte.) già Travel, la concessione definitiva n. 3/2003 del 17 febbraio 2003 e l'autorizzazione all'esercizio di attività portuale. Il provvedimento detto non risulta impugnato.

Con la sentenza di cui in epigrafe il TAR, previa riunione dei tre ricorsi, li respingeva osservando:

1. L'inammissibilità del ricorso contro il POT 2000-2002 e del ricorso contro l'atto che determina i criteri per il rilascio di concessioni ed autorizzazioni, poiché il ricorso non contiene motivi al riguardo.
2. Improcedibilità dei ricorsi contro i provvedimenti di diniego 16 e 17 del 29 dicembre 1999 perché superati dal parere contrario e da successivi provvedimenti a seguito di riesame per ordine del TAR.
3. Infondato il motivo circa la violazione dell'articolo 57 della legge n. 71 del 1978 il quale prevede la possibilità di deroghe ai vincoli di inedificabilità, ma non che si possa prescindere dal parere della soprintendenza.
4. Del tutto irrilevante è la circostanza che il provvedimento abbia citato un precedente parere negativo del genio civile poi superato dallo stesso ufficio con un parere positivo. Il parere del genio civile è un parere tecnico e che approfondisce l'istruttoria e quindi l'amministrazione non era vincolata al suo contenuto.
5. La specie non riguarda una valutazione tra diverse istanze, ma la valutazione con concessioni già esistenti. (cantieri). La amministrazione mostra di avere valutato la preesistenza.
6. Correttamente l'Autorità ritiene che il nuovo imbarcadero di cui alle richieste di concessioni non è in linea con le future previsioni del POT e con il piano regolatore portuale 1999/2002 che tendono a dismettere la zona al fine dell'imbarco dei mezzi gommati.
7. Ritiene corrette le valutazioni che conducono al diniego nel merito delle istanze.
8. Quanto alla violazione dell'articolo 18 del regolamento ritiene che le istanze non fossero in grado di iniziare correttamente il procedimento perché all'epoca la ricorrente non era in possesso della autorizzazione ex articolo 16 della legge n. 84 del 1994 al fine di conseguire l'area demaniale. Le attività svolte (carico e scarico automobili e imbarco e sbarco) rientrano nel concetto di operazioni portuali e quindi l'autorizzazione è condizione per la concessione demaniale.

9. Pertanto non esiste alcuna priorità nella domanda di concessione che non è stata rimessa in termini dalla ordinanza cautelare.
10. Motivato il diniego per le parti comuni: non poteva avere priorità come primo soggetto richiedente perché all'epoca non aveva l'autorizzazione, né si può ritenere che la ordinanza del TAR abbia effetto retroattivo, nel senso di far retroagire all'epoca della domanda l'autorizzazione alle attività rilasciata successivamente.
11. Ritiene motivato il diniego della concessione con riferimento alla inesistente capacità imprenditoriale. Infatti nessuna attività era stata iniziata, pur potendo la ricorrente avvalersi della attività di altra impresa autorizzata, inoltre il piano della società prevede solo marginali indicazioni generiche sugli investimenti.
12. Quanto al ricorso contro la concessione alla Travel, osserva che la autorizzazione provvisoria è stata sostituita dalla definitiva, ha perso efficacia e quindi è inammissibile l'impugnazione contro di essa.
13. Non esiste, per altro, l'interesse ad impugnare l'autorizzazione provvisoria, ma nemmeno quella definitiva n. 3/2003, perché la ricorrente non possedeva l'autorizzazione all'epoca della domanda di concessione e quindi non era operatore del settore
Avverso la detta sentenza propone appello la ricorrente in primo grado lamentando:
 1. Erronea la dichiarazione di inammissibilità del ricorso contro il POT che è stato impugnato con gli stessi motivi dispiegati contro i provvedimenti specifici.
 2. L'articolo 18 della legge 84 del 1994 non è operativo per la mancanza del decreto interministeriale (C.d.S. VI, 213 ottobre 2001, n. 5584). Quindi il collegamento autorizzazione-concessione non è corretto.
 3. Le operazioni di imbarco e sbarco passeggeri sono diverse dal carico e scarico merci e non assimilabili nel concetto di attività portuale imprenditoriale da autorizzare.
 4. L'autorizzazione di cui all'articolo 16 riguarda solo le operazioni complementari e quindi il carico e scarico delle merci.
 5. Sussiste l'interesse nei confronti dei due dinieghi perché le controinteressate hanno presentato le domande dopo il rigetto delle richieste.
 6. L'autorizzazione serve solo ai sensi articolo 16 e 18 legge 94 del 1984.
 7. L'amministrazione avrebbe dovuto valutare preventivamente la richiesta di autorizzazione.
 8. Le due domande riguardano la prima la concessione in uso comune e la seconda in uso esclusivo per la realizzazione delle banchine.

a) Per la richiesta in uso esclusivo lamenta:

- I. violazione dell'art. 57 LR 27 dicembre 1978, n. 71, eccesso di potere. La soprintendenza non deve emettere il parere secondo l'articolo 57 della l.r. 71 del 1978;
- II. il primo parere del genio civile era interlocutorio e non negativo ed il secondo parere, dopo la presentazione di documenti, era favorevole. Quindi il provvedimento che ha citato solo il primo è illegittimo e non un mero errore che lascia inalterato il potere come detto dal TAR;
- III. violazione dell'articolo 37 cod. nav. Ai sensi dell'articolo 37 la ricorrente aveva richiesto alla Amministrazione di collocare più utilmente i cantieri esistenti, ma questa non ha motivato sull'interesse pubblico di cui all'articolo 37 che prevede una valutazione sul migliore utilizzo. (C.d.S. IV 25 gennaio 2005, n. 168);
- IV. per altro l'attività cantieristica è incompatibile con l'area S. Francesco per ammissione della Autorità alla riunione del 22 dicembre 1999;
- V. violazione art. 18 legge n. 84. La richiesta non contrasta con il piano triennale perché non muta la destinazione dell'area che è quella a cabotaggio per passeggeri e traghetti.

e Per le aree in uso comune:

- I. manca la motivazione ed il TAR presta una motivazione inconsistente;
 - II. la valutazione in concorrenza con la Travel è stata sfavorevole alla ricorrente sul presupposto della mancata autorizzazione ed il TAR ha seguito la tesi. Si richiama al motivo precedente sulla inapplicabilità dell'articolo 18 e quindi la concedibilità delle zone esterne alle difese foranee.
9. L'istanza originaria è stata pubblicata sulla G.U. il 2 aprile 1999 e la domanda in opposizione della Travel è in data 29 dicembre 1999 quindi tardiva e non poteva essere accettata.
 10. Con l'ordinanza n. 1185 del 2000 il TAR ha sospeso il diniego della concessione quindi la domanda, annullata dal diniego, riprende vigore e priorità temporale come prima.
 11. L'acquisto delle navi è un aspetto estraneo alla concessione che riguarda i luoghi e le banchine in cui si risolve la proficua utilizzazione di cui alla legge.
 12. Non vi è un uso esclusivo del terminale, ma anche in conto terzi.
 13. Il mancato avvio della attività è conseguenza della mancata autorizzazione e non è imputabile alla appellante
Sulla concessione alla Travel:
 14. L'appellante ha impugnato la concessione provvisoria e quella definitiva. Il TAR ha deciso solo sulla provvisoria.

15. Illogicità della motivazione basata sul fatto che la Travel già opera, ma è omessa ogni valutazione sulla proficua utilizzazione delle concessioni richieste in relazione alla concessione impugnata.
16. Le attività delle due società sono identiche e quindi non esiste una maggior proficuità della Travel aprioristicamente considerata.
17. Il possesso dei requisiti della Travel è desunto dal fatto che essa opera dal 2000 con concessione provvisoria, ma la concessione provvisoria non genera nessun diritto *potiore*.
18. La Travel non ha un piano operativo che è stato infatti richiesto dalla Autorità mentre la ricorrente lo ha e non è stato valutato.
19. Ripropone i motivi contro la concessione provvisoria.
Si costituiscono la Travel e la Di Maio, con distinte comparse aventi il medesimo contenuto ed eccependo:
 1. L'inammissibilità per la mancata impugnazione del DM 585 del 1995 che disciplina il rilascio delle autorizzazioni all'esercizio delle imprese portuali.
 2. Irricevibilità del ricorso di primo grado perché l'avviso del procedimento in concorrenza era stato dato nel 2000.
 3. Improcedibile il ricorso contro la concessione provvisoria.
 4. Articolata difesa nel merito delle concessioni e della loro utilizzazione.

DIRITTO

In via preliminare si osserva che è infondata l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado.

L'avviso di procedimento è finalizzato ad indicare l'avvio di una procedura amministrativa. Le illegittimità e la lesività di essa derivano dal provvedimento definitivo o da provvedimenti intermedi non aventi natura endoprocedimentale, ma non certo dalle informazioni che dall'avviso stesso si possono ricavare. Nella specie la notizia che fossero pervenute istanze in concorrenza non era di per sé lesiva, perché non dava contezza se l'Autorità le avrebbe considerate per tali con il provvedimento definitivo e, in caso positivo, se le avrebbe accolte o meno. Solo dal provvedimento di rigetto delle proprie istanze e di accoglimento di quella in concorrenza la appellante ha ricevuto una concreta lesione della propria situazione giuridica soggettiva.

Infondata è l'eccezione di inammissibilità per la mancata impugnazione del d.m. n. 585 del 1995. Il regolamento citato contiene le norme per la autorizzazione e per l'iscrizione nel registro. Esso rinvia all'articolo 16 della legge n. 84 del 1994, ma non contiene una descrizione delle attività ed in particolare di quella che intende svolgere l'appellante. Pertanto nessuna concreta lesione deriva ad essa da tale regolamento, dato che l'assunto dell'appellante è la sua estraneità al novero delle imprese di cui al citato articolo 16.

Per dipanare nel merito la complessa questione occorre preliminarmente analizzare l'effettivo interesse dell'appellante, inteso nel senso della teoria classica del diritto come la tensione verso un bene della vita necessario a soddisfare un bisogno.

Il bisogno dell'appellante è, all'evidenza, quello di esercitare una attività imprenditoriale, consistente nei servizi al movimento dei passeggeri sui traghetti ed al servizio di traghetto stesso, per la quale è necessaria l'utilizzazione di aree demaniali.

Da qui le richieste di concessione, di autorizzazione alla attività portuale, l'opposizione a che i controinteressati utilizzino le medesime aree o siano titolari della concessione escludendo l'appellante.

Ridotta in termini così banali la questione, appare evidente che le due istanze del 29 dicembre 1998, con le quali appunto sono state richieste in concessione le aree demaniali, determinino l'inizio della controversia e costituiscano, sotto un profilo temporale oltre che contenutistico, il perno centrale della causa.

Occorre ancora ricordare preliminarmente che il primo diniego si deve considerare superato dai provvedimenti successivi del 6 luglio 2001 n. 21 e del 10 luglio 2001 n. 30. I ricorsi avverso i provvedimenti n. 17 e 18 del 29 dicembre 1999 sono pertanto, sotto questo verso, formalmente improcedibili, anche se la improcedibilità assume rilevanza solo cartolare atteso che anche i due nuovi dinieghi sono stati impugnati con motivi aggiunti.

Le due istanze di concessione contengono due diverse finalità e modalità di utilizzazione delle aree: in uso esclusivo ed in uso comune.

Le aree in uso comune si riferiscono ai corridoi di imbarco e sbarco dei passeggeri e delle vetture; le aree in uso esclusivo agli invasi, banchine e specchi acquei. Ancora, le istanze si appalesano complesse perché in relazione alle aree in uso esclusivo prevedono la utilizzazione dell'esistente, ma anche la realizzazione di opere irreversibili.

Orbene, per quanto riguarda le aree in uso comune il rigetto, sostanzialmente, è basato sulla mancanza, all'epoca della presentazione delle due istanze, della autorizzazione all'esercizio delle attività portuali imprenditoriali di cui all'articolo 16, comma 3 della legge 28 gennaio 1994, n. 84. Tale autorizzazione, secondo l'Autorità ed il TAR che ne ha condiviso la tesi, costituisce atto presupposto della concessione, la quale diviene strumentale all'esercizio della attività stessa di imbarco e sbarco di passeggeri ed automezzi.

Ad avviso del TAR, inoltre, l'autorizzazione è necessaria secondo la citata norma per l'espletamento delle operazioni di movimentazione dei passeggeri e delle loro automobili, interpretandosi estensivamente le descrizioni delle attività soggette ad autorizzazione di cui al comma primo dello stesso articolo 16.

Di contrario avviso l'appellante che espone le sue ragioni nel sesto motivo di appello il quale, per motivi logici, deve essere esaminato per primo. Orbene, ritiene il Collegio non condivisibile la tesi dell'Autorità.

L'interpretazione del primo comma dell'articolo 16 deve essere condotta sotto il profilo letterale e sistematico.

Sotto il primo profilo è fuori di dubbio, e lo stesso TAR lo riconosce in motivazione, che le operazioni riguardanti i passeggeri ed i loro automezzi non sono contemplate nella elencazione del primo comma. Solo interpretando estensivamente il termine "merci e di ogni altro materiale" si possono includere in tale concetto anche le persone e le loro automobili.

Sotto il profilo sistematico, per altro, proprio una tale interpretazione estensiva appare da rifiutare.

L'intera legge n. 84 è diretta a riordinare il settore portuale inteso principalmente come strumento per il commercio. Nell'ambito portuale sono individuate tre distinte categorie di attività. La prima è quella delle attività portuali vere e proprie, indicate dal comma primo dell'articolo 16 come il carico, lo scarico, il trasbordo, il deposito etc. delle merci. Le seconde sono individuate come servizi specialistici, complementari o accessori al ciclo delle attività portuali e sono previste dal medesimo comma. Infine la terza categoria è prevista dall'articolo 6 della stessa legge e definita come "servizi di interesse generale, non coincidenti né strettamente connessi alle operazioni portuali di cui all'articolo 16, comma 1". Per le tre categorie è previsto un regime autorizzatorio variamente regolato. Si tratta, in sostanza, di attività imprenditoriali derivanti da diritti in attesa di espansione e come tali non risalenti alla piena libertà d'impresa di cui all'articolo 41 della Costituzione.

Indirettamente la legge prevede una quarta categoria di attività, del tutto libere, che risulta per esclusione dalla individuazione delle tre categorie autorizzabili. In particolare, l'articolo 6 citato rinvia ad un regolamento del Ministro dei trasporti la concreta individuazione di tali servizi. Pertanto tutte le attività che non rientrano nella previsione dell'articolo 16 primo comma e nel regolamento ministeriale sono da considerarsi libere.

L'esame del regolamento citato, contenuto nel decreto ministeriale 14 novembre 1994, mostra che sette sono i servizi generali soggetti ad autorizzazione individuati, tra essi non è presente quello relativo alla attività che l'appellante intende gestire. Alla lettera E) dell'articolo 1 di esso è benvero indicato "E) Stazioni marittime passeggeri. Gestione delle stazioni marittime e servizi di supporto ai passeggeri". È evidente, però, che tale voce si riferisce ai servizi propri della stazione marittima: biglietteria, prenotazioni etc. e non alle operazioni di imbarco e sbarco dei passeggeri e delle autovetture al seguito che si svolgono sulle banchine e sono direttamente connesse con il servizio di trasporto nella sua concreta operatività.

Ritiene, pertanto, il Collegio che non sia necessaria l'autorizzazione

per l'esercizio della attività propedeutica all'imbarco dei passeggeri e delle autovetture, così come esattamente decritta nelle istanze di concessione.

Per quanto concerne, invece, le aree in uso esclusivo, non vi è dubbio che l'autorizzazione sia in astratto richiesta dall'articolo 18. Tali aree, infatti, sono finalizzate all'esercizio della attività di vettore marittimo, ad esercitare cioè il servizio di traghetto, e rientrano pienamente nel disposto dell'articolo 18, primo comma, della stessa legge n. 84 le volte in cui siano i luoghi in esame *“interessati dal traffico portuale e dalla prestazione dei servizi portuali anche per la realizzazione di impianti destinati ad operazioni di imbarco e sbarco rispondenti alle funzioni proprie dello scalo marittimo, come individuati ai sensi dell'articolo 4, comma 3”*.

Tuttavia, condivisibile appare la tesi dell'appellante secondo cui la inesistenza del regolamento previsto dal comma primo del detto articolo 18 rende inapplicabile la normativa. Dinanzi alla libertà di iniziativa economica garantita dall'articolo 41 della Costituzione ben possono esistere diritti di impresa sottoposti ad espansione, ma solo ove espressamente tali li contempli la norma primaria. Nel caso di specie la norma rinvia per l'attuazione ad un regolamento, e dunque la mancanza del regolamento rende incompleto il procedimento normativo di individuazione del diritto in attesa di espansione, per cui le attività non espressamente contemplate dalla legge si devono ritenere libere e svincolate da autorizzazioni di sorta.

Non condivide il Collegio la motivazione del TAR, secondo cui tali attività non rientrerebbero nei *“servizi generali”* se considerate di rilevanza economica minore, ma per ciò appunto dovrebbero inquadrarsi nel concetto di attività economiche private regolamentate. Il ragionamento è contraddittorio. Infatti, se tali attività sono da considerarsi servizi generali, tuttavia non sono state contemplate nel regolamento del 14 novembre 1994 già citato tra quelle soggette ad autorizzazione, se non sono da considerare servizi generali, non essendo a loro volta oggetto di una espressa norma che le sottopone ad autorizzazione, sono da considerarsi libere. Viceversa, la motivazione del TAR assume quale assioma che esse debbano essere sottoposte ad autorizzazione ed a *“controllo preventivo che si esplica nel richiedere taluni requisiti di professionalità ed organizzazione propedeutici alla autorizzazione dell'attività medesima e volti a fare in modo, in definitiva, che l'iniziativa privata non si svolga in una situazione di totale deregulation”*. È appena il caso di osservare che ai sensi dell'articolo 41 della Costituzione l'attività privata si volge per definizione in regime di *“deregulation”* essendo libera in natura, e solo ove la norma primaria espressamente lo preveda essa può essere variamente limitata. Il concetto espresso dal TAR sembra intendere l'esatto contrario ovvero che sia vietato tutto ciò che non è espressamente permesso.

Consegue da quanto espresso che, sfuggendo alla disciplina dell'articolo 18 citato, la concessione delle aree in questione rientra nella disciplina

degli articoli 36 e seguenti del codice della navigazione, con le conseguenze di cui avanti.

Una ulteriore considerazione, in relazione alla autorizzazione all'esercizio di attività portuali, può essere svolta.

Anche a considerare propedeutica tale autorizzazione per le concessioni, il relativo provvedimento non si può considerare atto presupposto della concessione. L'atto presupposto è quell'atto amministrativo che funge appunto da presupposto di altro. Presupposto, in termini giuridici, è un fatto giuridico (quindi anche un atto) la cui assenza impedisce ad un successivo fatto o atto giuridico di produrre i suoi effetti perché impedisce il completamento della sua fattispecie. La carenza di un requisito soggettivo, viceversa, non impedisce ad un provvedimento autorizzatorio di dispiegare i suoi effetti giuridici, incidendo, se del caso, solo sulla sua legittimità, ma non sulla esistenza fattuale o giuridica (nullità). L'autorizzazione in questione, quindi, non è atto presupposto, vero è che, invece, qualora necessaria sarebbe condizione di legittimità della concessione. Ma in tal caso non necessariamente essa deve intervenire prima della istanza di concessione demaniale. Il possesso preventivo dei requisiti soggettivi deve essere richiesto espressamente dalla norma o dal provvedimento amministrativo generale (ad esempio un bando di concorso o di gara), ma ove ciò non avvenga è sufficiente che intervenga prima della determinazione della p.a. sulla istanza di concessione, ed in particolare quando l'autorità preposta ai due provvedimenti sia la stessa come nel caso di specie. Correttamente il TAR, con la sua ordinanza cautelare, aveva ingiunto alla autorità di pronunciarsi preliminarmente sulla istanza di autorizzazione, per quanto presentata dopo le richieste di concessione. Per altro si osserva che l'autorizzazione in parola (a prescindere dalla sua necessità o meno) è stata rilasciata con provvedimento del 16 marzo 2001, mentre i provvedimenti di diniego delle concessioni sono del successivo luglio. Al momento del diniego, pertanto, l'appellante era in possesso del requisito soggettivo che la stessa Autorità riteneva necessario, pertanto è contraddittorio e quindi illegittimo, il diniego sotto questo profilo.

I dinieghi si appalesano illegittimi anche sotto alcuni dei restanti profili.

Con il primo motivo di appello si censurano i provvedimenti sotto il profilo della inconferenza ed illegittimità del parere della Soprintendenza.

Il motivo è infondato. Si premette che al momento della emanazione del provvedimento di diniego definitivo (luglio 2001) era in vigore ed applicabile il testo dell'articolo 57 della legge 27 dicembre 1978, n. 71 modificato dall'articolo 89, comma undecimo della legge regionale 3 maggio 2001, n. 6. La legge n. 6 ha modificato l'elenco delle opere per le quali si possono indurre deroghe ai vincoli paesaggistici con il rispetto delle procedure di cui all'articolo 16 della legge regionale 12 giugno 1976, n. 78. Non rileva che il parere sia stato emesso nel vigore della precedente nor-

ma, poiché esso ha dispiegato il suo effetto autorizzatorio nel vigore della nuova legge. Orbene, l'articolo 57 non introduce una automatica deroga alla tutela paesaggistica e quindi alle competenze della Soprintendenza, ma si limita a disciplinare la procedura per cui, in talune circostanze, sia possibile derogare. Esso, quindi, non prescrive direttamente la non necessità del parere soprintendentizio. Risulta inoltre dagli atti che, al momento della emissione del parere, fossero in vigore le norme di salvaguardia derivanti da una deliberazione di variante generale al PRGC, e dunque il parere della Soprintendenza era comunque necessario. Ne consegue che il primo motivo di appello è infondato. I provvedimenti di diniego quindi, si appalesano legittimi esclusivamente nella parte in cui negano le concessioni ai fini della realizzazione dell'approdo programmato e della modifica di una parte delle aree demaniali. Si tratta, in sostanza, della concessione ad uso esclusivo nella parte in cui importa opere irreversibili. Si è però osservato il carattere complesso della richiesta di concessione, sì che ritiene il Collegio che il parere negativo della Soprintendenza non sia idoneo a paralizzare l'intera richiesta di concessione, ma solo la parte in contrasto con il piano regolatore del porto da essa individuata.

Fondato è il secondo motivo di appello.

Risulta agli atti che, quanto alla conformità dei progetti presentati con il piano portuale, il Genio civile abbia espresso due pareri tecnici. Il primo negativo ed il secondo positivo.

Ritiene il TAR che di questo parere l'Autorità avrebbe potuto anche fare a meno trattandosi di un semplice parere tecnico. Mentre da un lato non è chiaro perché un parere tecnico possa essere obliterato, dall'altro occorre ricordare che l'attività consultiva è destinata a sorreggere l'Amministrazione attiva nella sua attività. L'esistenza di pareri, pertanto, non può essere ignorata dalla Amministrazione, la quale, se il parere non è vincolante, ben può andare in contrario avviso con l'obbligo di una puntuale motivazione. Nella specie, non solo ciò non è avvenuto, ma nel provvedimento si cita solo uno dei due pareri (il primo asseritamente negativo) e non si fa neppure menzione del secondo. A ciò si aggiunga che il primo parere del genio Civile non aveva affatto contenuto negativo, ma meramente soprassessorio ed istruttorio, inidoneo pertanto, a sorreggere un provvedimento negativo.

Fondato è il terzo motivo di appello relativo alla mancata valutazione dell'interesse pubblico in contrapposizione con la concessione demaniale già in essere alla Di Maio, e quindi fondata l'impugnazione della relativa concessione.

Nella specie la Di Maio è titolare di una preesistente concessione ad uso cantieristico, rinnovata nel triennio 2001/2003 con provvedimento n. 451 del 2001. Nella fase di delibazione della richiesta di concessione della appellante l'Autorità non avrebbe dovuto applicare in maniera apodittica

ed immotivata l'articolo 37, comma secondo, del codice della navigazione, attuando il così detto diritto di insistenza. Ritiene la giurisprudenza, infatti, che il principio sancito dall'art. 37, comma secondo, c. nav., secondo il quale in caso di rinnovo di una concessione di area appartenente al demanio marittimo deve essere, data la precedenza al precedente concessionario (cosiddetto diritto di insistenza), ha carattere sussidiario rispetto al criterio principale e generale, contemplato nel primo comma dello stesso art. 37, della più proficua utilizzazione della concessione demaniale e del migliore uso della stessa nel pubblico interesse (Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168). Senza contare che, secondo la medesima giurisprudenza, il rispetto principio del diritto di insistenza è subordinato all'idonea pubblicizzazione della procedura relativa al rinnovo, all'effettiva equipollenza delle condizioni offerte dal precedente concessionario rispetto agli altri aspiranti, nonché alla necessità di depurare la procedura dai fattori di vantaggio derivanti in capo al precedente concessionario dalla pregressa titolarità della concessione o di altro rapporto concessorio funzionalmente collegato al primo.

Ed ancora si è ritenuto che la disposizione di cui all'art. 37 c. nav., è informata al principio generale secondo cui, in primo luogo, l'affidamento del bene demaniale deve essere effettuato in vista della proficua utilizzazione della concessione nel pubblico interesse, mentre, solo in caso di parità di garanzie, può operare, in via sussidiaria, la preferenza per il precedente concessionario (C.d.S., sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8134).

Nella specie dai provvedimenti di diniego non risulta che sia stata operata approfonditamente una comparazione del più proficuo utilizzo dell'area demaniale tra l'appellante e la Di Maio.

Pertanto, i provvedimenti appaiono affetti, sotto questo profilo, da un evidente vizio di carenza di motivazione.

Infondato è il quarto motivo di appello. Come meglio emergerà avanti, le domande di concessione erano finalizzate non solo alla utilizzazione delle strutture esistenti, ma anche alla realizzazione di ulteriori opere definite ampliamenti dalla Autorità, semplici accessori e servizi dalla appellante. Si è già osservato, tuttavia, che nella parte in cui la concessione è finalizzata alla realizzazione di opere, il parere negativo della Soprintendenza giustifica il diniego. Pertanto è del tutto inutile esaminare se le opere richieste fossero o meno in contrasto con il POT e il PRP, atteso che esse non potevano, comunque essere realizzate.

Fondato l'appello nel quinto motivo, inerente la concessione delle aree comuni. Oltre che affetto dai vizi sopra evidenziati, il provvedimento per questo aspetto è caratterizzato da una carenza di motivazione, atteso che, nei confronti delle aree comuni, non incideva né il parere del Genio Civile asseritamente contrario, né quello della Soprintendenza né la concomitanza della concessione alla Di Maio. La inscindibilità della domanda

afferzata dalla contointeressata nella sua memoria non è condivisibile. L'esistenza di opere preesistenti comunque utilizzabili dalla appellante per l'uso marittimo avrebbe potuto comunque giustificare la concessione della parti in uso comune. In ogni caso una eventuale contraddittorietà interna alla domanda, o al sua inscindibilità avrebbero potuto essere uno dei contenuti della motivazione di diniego, ma certamente ciò non è possibile in sede giurisdizionale e comunque non da parte della contointeressata privata. Per altro è noto che l'Amministrazione attiva ha il potere di accogliere in parte le richieste dei privati o sottoporle a condizioni e limitazioni. Spetta al richiedente accettare le determinazioni o rinunciare o impugnarle ritenendole illegittime. Ciò che è certo è che non esiste un principio di assoluta inscindibilità delle domande di concessione demaniale che importi l'obbligo per l'Amministrazione di accoglierle o respingerle nella loro totalità.

Sulla fondatezza del sesto motivo di appello si è detto prima.

Fondato il settimo motivo di appello inerente la tardività della istanza della Tourist Ferry, e quindi la illegittimità della sua valutazione in concorrenza, e il rigetto della domanda della appellante in comparazione con quella della contointeressata.

Si è osservato che le istanze originarie che hanno dato inizio alla questione sono quelle presentate dall'appellante il 29 dicembre 1998. Le stesse sono state pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale il 2 aprile 1999. Vi era quindi termine sino al 1 maggio 1999, trenta giorni per la presentazione di domande in concorrenza, così come disposto dalla Autorità. La Tourist Ferry (oggi Travel) ha presentato la sua domanda il 30 dicembre 1999, con evidente ritardo rispetto al termine di decadenza. L'assunto della appellata non è condivisibile. Infatti, la procedura di concessione ha comunque origine dalle due istanze del 29 dicembre 1998 e dunque è ad esse che occorre riferire qualsiasi elemento temporale della procedura. È inconferente la circostanza che il 29 dicembre 1999 le due istanze fossero state rigettate, quando, come nella specie, il rigetto è annullato in sede giurisdizionale. In altri termini l'annullamento del rigetto delle due istanze del 1998 rende la procedura ancora *in itinere*, con la conseguenza che la domanda della Tourist Ferry si appalesa come domanda nuova che potrà dare ingresso ad una nuova procedura solo all'esito definitivo della prima nella quale la Tourist Ferry non può inserirsi essendone scaduti i termini.

Non è condivisibile neppure la tesi per cui le istanze della appellante avrebbero preso grado dal rilascio della autorizzazione alla attività portuale, avvenuto dopo la presentazione della istanza della Tourist Ferry. In sostanza l'appellata ritiene che le istanze del 29 dicembre 1998 debbano essere considerate perfezionate il 16 marzo 2001 e che solo da tale data dovrebbe computarsi il termine di cui all'articolo 18 del regolamento di attuazione del codice della navigazione (nella specie fissato dalla Autori-

tà in trenta giorni). Si può condividere che, nel rapporto tra l'appellante richiedente e l'autorità la domanda possa considerarsi perfezionata solo dalla data di rilascio della autorizzazione, con le conseguenze inevitabili nel senso della decorrenza dei termini per la conclusione del procedimento ed altro, ma ai fini delle posizioni giuridiche di soggetti di terzi resta ferma la legale conoscenza ricevuta dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Il momento eventualmente lesivo di tali posizioni, che avrebbe potuto giustificare l'opposizione e la domanda in concorrenza, è quello della pubblicazione, con la conseguenza che la decadenza verificatasi allo scadere dei trenta giorni non può essere sanata da un successivo perfezionamento della istanza stessa al momento incompleta, secondo anche i principi generali per cui non è ammissibile una sanatoria della decadenza che si verifica *ex se* al completamento della sua fattispecie. Di più la mancanza della autorizzazione alla attività portuale avrebbe ben potuto costituire uno dei motivi di opposizione, il che dimostra che il perfezionamento della istanza e la decorrenza del termine di decadenza sono distinti.

La illegittimità della concessione rilasciata alla Tourist Ferry oggi Travel è assorbente, ma è opportuno procedere anche all'esame della restante parte del settimo motivo.

In esso la appellante si lamenta della valutazione negativa operata dalla Autorità circa la proficua utilizzazione delle aree e che ha condotto al rigetto delle istanze.

Il TAR ritiene motivato il provvedimento che si riferisce al solo "promesso acquisto" di navi e l'avvio delle linee di navigazione. Inoltre nel provvedimento ci si riferisce ad un uso esclusivo del terminale in mancanza della dimostrazione di una capacità imprenditoriale.

Entrambi i motivi sono illegittimi.

Quanto al possesso delle navi ed al piano industriale, questo Collegio ha già avuto modo di osservare che, nell'ambito dei sistemi concessori, costituisce eccesso di potere il diniego della concessione motivato sulla mancata previa acquisizione dei mezzi necessari all'esercizio della attività. Pretendere che il richiedente si fornisca preventivamente di attrezzature, mezzi d'opera ed organizzazione imprenditoriale ad hoc, normalmente costosi, nella incertezza dell'esito positivo della richiesta, significa incidere irragionevolmente sulla sua capacità finanziaria (dec. C.G.A. n. 1012 del 24 ottobre 2007). Trattandosi di un'intrapresa in regime di concessione, e quindi non di libertà d'impresa ex articolo 41 della Costituzione, è chiaro che qualunque imprenditore deve mediare tra le prospettive di investimento e l'alea, nell'*an* e nel *quando*, della emissione del provvedimento concessorio.

In questa ottica qualunque norma sul procedimento di concessione deve essere interpretata nel senso meno gravoso per gli imprenditori, nel

senso, cioè, che imponga gli oneri economici minori possibili nell'attesa del provvedimento.

Ovviamente, ciò deve essere coordinato e contemperato con l'interesse pubblico. La circostanza che tali tipi di intraprese siano sottratte alla libertà di impresa, e sottoposte ad un regime concessorio, implica che la Pubblica Amministrazione sia chiamata a soddisfare, nella circostanza, interessi pubblici di diversa natura. Tra loro quello alla certezza che il richiedente sia effettivamente in condizione di onorare la concessione. Infatti, la gestione di un servizio marittimo, oltre a soddisfare l'interesse economico dell'imprenditore che lucra un profitto, soddisfa anche l'interesse della collettività alla mobilità. Pertanto l'Amministrazione deve essere rassicurata del fatto che il soggetto, dopo avere indicato specificamente un progetto ne assicuri la realizzazione al momento della concessione.

È quindi evidente che legittimo è, da parte del Legislatore e della P.A. richiedere all'imprenditore la certezza delle sue disponibilità finanziarie e tecniche ed anche, è il caso di specie, del piano industriale e dei mezzi finanziari senza i quali, ovviamente, la decisione circa l'intrapresa rimane un mero utopistico desiderio.

Il sistema deve essere interpretato alla luce del principio che si è esposto prima, ovvero quello di rendere il meno defatigante e meno onerosa e costosa possibile la procedura per l'imprenditore soggetto, sostanzialmente, ad una limitazione del suo diritto di impresa.

L'Amministrazione, viceversa, è tenuta a valutare il piano industriale e le capacità finanziarie del richiedente per verificare se, astrattamente, egli sia in grado di gestire proficuamente il bene demaniale e se sia affidabile. La mancata realizzazione di quanto progettato costituirà, se del caso, motivo di revoca della concessione o di decadenza a seconda dei casi, ma la mancata previa acquisizione dei mezzi necessari all'esercizio della attività non può di regola costituire motivo preliminare di diniego. In tal maniera la libertà d'impresa per i soggetti esterni al circuito in questione sarebbe gravemente compromessa.

L'appello è quindi da accogliere nei limiti di cui sopra.

Sussistono giustificati motivi per la compensazione integrale delle spese, competenze ed onorari dei due gradi del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe lo accoglie e per l'effetto accoglie anche il ricorso di primo grado nei limiti di cui in motivazione, salvi e riservati gli ulteriori provvedimenti della Amministrazione.

Compensa integralmente tra le parti le spese, competenze ed onorari dei due gradi del giudizio.

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

Così deciso in Palermo, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, nella camera di consiglio del 12 luglio 2007, con l'intervento dei signori: Giuseppe Barbagallo, Presidente, Pier Giorgio Trovato, Claudio Zucchelli, estensore, Antonino Corsaro, Filippo Salvia, Componenti.

F.to: Giuseppe Barbagallo,	Presidente
F.to: Claudio Zucchelli,	Estensore
F.to: Maria Assunta Tistera,	Segretario

Depositata in segreteria
il 22 aprile 2008