

Concessione di beni demaniali e riparto di giurisdizione

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 9-5-2017

1. I servizi di natura commerciale svolti in area demaniale che trovano origine in un rapporto derivato fra il concessionario e il terzo, cui l'amministrazione concedente sia rimasta estranea e che risultino privi di collegamento con l'atto autoritativo concessorio, che ne costituisce un mero presupposto, non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, ma si risolvono in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile.

1) Conformi: Cass. Civ., Sez. Un., Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2014, n. 3510.

Guida alla lettura

La sentenza in esame si occupa della giurisdizione in presenza di servizi commerciali svolti in area demaniale che trovano origine in un rapporto derivato tra il concessionario e il terzo che risultano privi di collegamento con l'atto concessorio.

Com'è noto, i beni pubblici rappresentano l'insieme di mezzi e risorse, propri o altrui, di cui le pubbliche amministrazioni si avvalgono per il raggiungimento dei propri fini istituzionali.

La disciplina giuridica dei beni pubblici è descritta agli articoli 822-831 c.c. e nella Costituzione.

Quest'ultima, rispettivamente agli articoli 42 e 119, afferma non solo che *“la proprietà è pubblica o privata”* ma anche che *“i beni pubblici appartengono allo Stato, ad Enti o a privati”* e che *“la Regione ha un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato”*.

In base al Codice Civile, dunque, i beni pubblici sono distinti in due categorie: i beni demaniali e i beni patrimoniali, i quali, a loro volta, si distinguono in patrimoniali disponibili e indisponibili.

I beni demaniali si caratterizzano per essere inalienabili, inusucapibili ed imprescrittibili. Si tratta di beni essenzialmente incommerciabili e che possono formare oggetto di diritti in favore di terzi solo mediante provvedimenti amministrativi di carattere concessorio e nei soli casi e

limiti stabiliti dalla legge.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha precisato con pronunce pressoché conformi che in tema di concessione in uso esclusivo a privati, il giudice ordinario conosce di ogni controversia relativa agli obblighi derivanti da rapporti di natura privatistica, che accedono a quello di concessione - come il rapporto di appalto o di subconcessione fra il concessionario ed il terzo per l'esercizio di un pubblico servizio o l'utilizzazione di un bene pubblico - quando l'Amministrazione concedente resti totalmente estranea a detto rapporto derivato e non possa, quindi ravvisarsi alcun collegamento fra l'atto autoritativo concessorio e il rapporto medesimo. Al contrario, quando la pretesa azionata sia riferibile direttamente all'atto di concessione e l'Amministrazione concedente abbia espressamente previsto ed autorizzato il rapporto tra concessionario e terzo, opera la regola generale che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative a concessioni amministrative, di cui alla L. n. 1034 del 1971, art. 5 c. 1 ed ora D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, lett. b) e c) c.p.a. (ex plurimis Cass. Sez. Unite, 29 aprile 2015, n. 862; 28 gennaio 2011, n. 2062; 2 dicembre 2008, n. 28549; 25 giugno 2002, n. 9233; 23 luglio 2001, n. 10013).

Invero presupposto indefettibile della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in controversie siffatte è l'esistenza di una pretesa che, nascendo dal contenuto dell'atto di concessione, sia direttamente riferibile alla pubblica amministrazione concedente.

Rientrerà, quindi, nella giurisdizione del g.o. la controversia promossa per ottenere l'annullamento di atti recanti, ad esempio, rideterminazione del canone della concessione dei beni ed aree demaniali aeroportuali, trattandosi di controversia meramente patrimoniale che non involge l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altri corrispettivi.

Rientrerà, ancora, nella giurisdizione ordinaria la controversia tra P.A. e privato avente per oggetto la natura demaniale o meno di un bene volta, per il privato, ad accertare il proprio pieno e libero diritto di proprietà, in quanto, quali che siano le diverse formulazioni della domanda, ha per oggetto la verifica dell'esistenza ed estensione di un diritto soggettivo – il diritto di proprietà – dell'attore in contrapposizione al diritto di proprietà dello Stato o di altro ente pubblico (Cass., Sez. Un., 9 settembre 2013, n. 20596).

Quando cioè la controversia tra P.A. e privato si esaurisca nell'indagine sulla titolarità della proprietà del bene contestato, si ha una controversia di carattere paritario. Ciò in quanto la demanialità consegue direttamente dalla legge (art. 822 c.c.), e non postula l'emanazione di atti amministrativi.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 768 del 2017, proposto da:

Gestione Bar Metropolitana Argentina s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Albina Candian, Annalisa Bassi, Filippo Lattanzi, con domicilio eletto presso lo studio Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina N.47;

contro

Chef Express s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla, Paolo Bertacco, Massimo Ragazzo, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Ragazzo in Roma, via Virgilio 18;

nei confronti di

Atm – Azienda Trasporti Milanesi Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Zoppolato, Alberto Rho, con domicilio eletto presso lo studio Maurizio Piero Zoppolato in Roma, via del Mascherino 72;

Comune di Milano non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO: SEZIONE IV n. 02343/2016, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Chef Express s.p.a. e di Atm – Azienda Trasporti Milanesi s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2017 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Bassi, Recla e Zoppolato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, il T.a.r. per la Lombardia, sede di Milano, ha accolto il ricorso proposto da Chef Express s.p.a. contro gli esiti della procedura di gara bandita da A.T.M. nel corso dell'anno 2015 "per la locazione di spazi commerciali posti nei mezzanini delle stazioni linee M1-M2-M3 della metropolitana di Milano" ed ha dichiarato l'inefficacia del contratto di locazione stipulato tra A.T.M. e il soggetto individuato quale locatario (Gestione Bar Metropolitana Argentina).

2. La vicenda trae origine dalla scadenza, nel corso dell'anno 2014, dei contratti di locazione commerciale stipulati da A.T.M. relativi agli esercizi siti nei c.d. mezzanini" della metropolitana milanese, ovvero nelle zone ubicate tra il suolo stradale e la linea dei tornelli.

Nel 2014, l'A.T.M. ha disdettato i contratti in scadenza, essendo in corso le procedure di accatastamento dei locali da parte del Comune di Milano (il cui perfezionamento risultava necessario per la registrazione dei contratti di locazione ai sensi della normativa sopravvenuta in materia).

In tale contesto, il Comune di Milano, nelle more del completamento della procedura di accatastamento, ha ritenuto opportuno stipulare con le organizzazioni di categoria degli esercenti gli esercizi commerciali un accordo volto a prorogare la permanenza degli esercizi in regola con i pagamenti dei canoni.

In particolare, tale accordo prevedeva, per quel che più rileva in questa sede, la futura indicazione da parte di A.T.M. di una procedura di gara per la locazione degli spazi commerciali, con la garanzia, per i titolari di contratti di locazione scaduti, di poter partecipare alla suddetta gara e di poter esercitare un diritto di prelazione.

3. Il 19 giugno 2015, A.T.M. ha pubblicato sul proprio sito internet un avviso di manifestazione di interesse avente ad oggetto "la locazione di spazi commerciali posti nelle stazioni M1, M2, M3 della metropolitana di Milano", integrato da disciplinare.

L'avviso precisava che "l'eventuale, futura ed ipotetica assegnazione dell'esercizio commerciale sarà subordinata al mancato esercizio del diritto di prelazione da parte dell'attuale conduttore dello specifico esercizio commerciale in regola con il pagamento dei canoni di locazione e/o indennità di occupazione".

4. Con il ricorso accolto in primo grado dal T.a.r. Lombardia Chef Express ha impugnato (insieme agli atti presupposti) la nota con cui A.T.M. comunicava l'intervenuta decadenza dall'aggiudicazione a seguito dell'esercizio del diritto di prelazione da parte dell'odierno appellante.

5. Per ottenere la riforma di tale sentenza ha proposto appello la società Gestione Bar Metropolitana Argentina s.n.c., deducendo l'erroneità della sentenza appellata sotto diversi profili, in particolare nella parte in cui ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

6. Si è costituita in giudizio l'A.T.M. la quale ha concluso per l'accoglimento dell'appello.
7. Si è costituita in giudizio anche Chef Express chiedendo il rigetto dell'appello.
8. Alla pubblica udienza del 13 aprile 2017 la causa è stata trattenuta per la decisione.
9. L'appello merita accoglimento.
10. Risulta fondato, in particolare, il motivo diretto a dedurre il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Secondo quanto ripetutamente affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione rispetto a fattispecie sovrapponibili a quella in oggetto, i servizi di natura commerciale svolti in area demaniale che trovano origine in un rapporto derivato fra il concessionario e il terzo, cui l'amministrazione concedente sia rimasta estranea e che risultino privi di collegamento con l'atto autoritativo concessorio, che ne costituisce un mero presupposto, non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, ma si risolvono in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile (cfr., di recente, Cass. Sez. Un. ord. 27 febbraio 2017, n. 4884; che ribadisce i principi già affermati da Cass. S.U. nn. 7663/2016, 8623/2015, nonché da Cass. S.U. nn. 9233/2002, 9288/2002 richiamate in motivazione).

Nella specie, si versa per l'appunto in tale ipotesi, atteso che l'attività oggetto del rapporto controverso non ha natura necessaria nel contesto delle operazioni di trasporto pubblico locale affidate dal Comune di Milano alla concessionaria A.T.M., ma natura meramente eventuale, in quanto svolta su richiesta del singolo cliente e da questi remunerata autonomamente e non con una quota parte del prezzo del trasporto.

Del resto, l'estraneità del Comune di Milano al rapporto controverso trova conferma nella circostanza che il disciplinare di concessione lascia ampia libertà ad A.T.M. in ordine alla valorizzazione commerciale degli spazi messi a disposizione (precisando che di tale valorizzazione è responsabile A.T.M., la quale ne percepisce anche gli introiti secondo un sistema di contabilità separata rispetto a quella relativa ai servizi concernenti il trasporto pubblico), salva la necessità di acquisire il parere positivo solo per ciò che concerne le "esposizioni pubblicitarie" ai sensi dell'articolo 14 del contratto di servizio.

11. L'accoglimento dell'appello comporta l'annullamento della sentenza appellata e la dichiarazione di giurisdizione del giudice ordinario innanzi al quale la causa potrà essere riassunta nei termini di legge.

La parziale novità della questione (rispetto alla specifica fattispecie oggetto di questo giudizio) giustifica la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la sentenza

appellata; dichiara la giurisdizione del giudice ordinario di fronte al quale la causa potrà essere riassunta nei termini di legge.

Spese compensate.

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