



REPUBBLICA ITALIANA

N. 782/12 Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1421 Reg.Ric.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia- ANNO 2011

na in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso in appello n. 1421 del 2011 proposto da

MONDELLO IMMOBILIARE ITALO BELGA S.A.,

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Ursi e Fulvio Ingaglio La Vecchia ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Generale Arimondi n. 2/Q, presso lo studio degli stessi;

c o n t r o

l'ASSESSORATO REGIONALE TERRITORIO E AMBIENTE, in persona dell'Assessore *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici in via A. De Gasperi n. 81, è per legge domiciliato;

nonchè contro

l'ASSESSORATO REGIONALE TERRITORIO E AMBIENTE - DIPARTIMENTO TERRITORIO E AMBIENTE, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in questo grado del giudizio;

e nei confronti

dell'ASSOCIAZIONE DILETTANTISTICA ALBARIA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli av-

vocati Riccardo Rotigliano e Giuseppe Scozzari ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Nunzio Morello n. 20, presso lo studio degli stessi;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Sicilia - sede di Palermo (sez. I) - 5 dicembre 2011 n. 2257, resa inter partes e non notificata.

Visto il ricorso di cui in epigrafe, notificato il 14 dicembre 2011 e depositato il 21 dicembre 2011, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione dell'Amministrazione;

Visto l'atto di costituzione della associazione intimata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 29 marzo 2012 il consigliere Antonino Anastasi; uditi, altresì, l'avv. C. Comandè, su delega dell'avv. R. Ursi, per l'appellante e l'avv. dello Stato Pignatone per l'assessorato appellato;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### F A T T O

La società appellante è titolare di una concessione demaniale marittima in Mondello per l'esercizio di uno stabilimento balneare.

Nel 2008 la società ha richiesto una variante della concessione per impiantare strutture amovibili in legno sulla spiaggia, da destinare a bar ed attrezzature. La variante fu autorizzata con provvedimento assessorile n. 63 del 2009 nel quale (in conformità al parere 2577/2008

reso dalla competente Soprintendenza) si prescriveva la rimozione, al termine della stagione balneare, delle suddette attrezzature precarie onde salvaguardare la “naturalità” dei luoghi.

Successivamente la società ha rappresentato agli uffici preposti alla gestione demaniale l'intenzione di mantenere anche nella stagione invernale alcune delle strutture in questione, in base al disposto della legge regionale n. 15 del 2005.

Dopo una complessa fase istruttoria l'Assessorato con provvedimento 46721 del 2010 ha denegato alla società la possibilità di mantenere nella stagione invernale le strutture indicate nella comunicazione inoltrata dalla stessa.

Tale provvedimento è stato impugnato avanti al T.A.R. Palermo dalla società la quale ne ha chiesto l'annullamento previa sospensione dell'efficacia.

È intervenuta ad opponendum nel relativo giudizio l'associazione Albaria, n.q. di organizzatrice di una manifestazione sportiva internazionale destinata a svolgersi sul tratto di arenile occupato dalla ricorrente.

Con la sentenza in epigrafe indicata l'adito Tribunale – che pure aveva accolto la domanda cautelare – ha respinto il ricorso.

La sentenza è stata impugnata con l'atto di appello oggi all'esame dalla società soccombente, la quale ne ha chiesto l'integrale riforma, previa sospensione dell'esecutività.

Si è costituita l'Amministrazione domandando il rigetto dell'appello.

Anche la associazione controinteressata ha chiesto la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 15 del 2012 questo Consiglio ha respinto l'istanza cautelare.

Le parti hanno presentato memorie e repliche insistendo nelle già rappresentate conclusioni.

Alla udienza del 29 marzo 2012 l'appello è stato trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

L'appello non è fondato e va pertanto respinto.

Con il primo motivo l'appellante deduce che le strutture amovibili destinate ad attività collaterali alla balneazione potevano essere mantenute in loco nella stagione invernale a prescindere da una specifica autorizzazione.

Sarebbe infatti illogico ipotizzare il venire meno – nella stagione invernale – della efficacia della autorizzazione paesistica già assentita dalla Soprintendenza per la stagione estiva.

Tanto è comprovato dal parere n. 51 del 27 settembre 2010 col quale la Soprintendenza si è dichiarata favorevole al mantenimento delle strutture.

Il mezzo non è fondato.

In via preliminare va rilevato che, come formalmente eccepito dall'Associazione Albaria, la produzione del parere in questione per la prima volta in questo grado di appello è inammissibile, trattandosi di documento acquisito dalla parte ricorrente quando era ancora pendente

il giudizio di primo grado.

Come è noto da tempo la giurisprudenza maggioritaria si era orientata nel senso dell'applicabilità dell'art. 345 cod. proc. civ., nella sua interezza, al processo amministrativo (cfr. per tutte Ap. n. 14 del 2004 e IV sez. n. 306 del 2008).

Pertanto, una volta assodata l'estensione del divieto dei nova previsto dal menzionato art. 345 c.p.c. anche al processo amministrativo, era stata conseguentemente recepita l'interpretazione di tale articolo fornita dalla Corte di cassazione (cfr. SS.UU. nn. 8202 e 8203 del 2005), secondo cui il divieto di ammissione di nuovi mezzi di prova in appello riguarda anche le prove c.d. precostituite, quali i documenti, la cui produzione è subordinata al pari delle prove c.d. costituende, alla verifica della sussistenza di una causa non imputabile, che abbia impedito alla parte di esibirli in primo grado ovvero alla valutazione della loro indispensabilità.

Successivamente, con l'art. 49 comma 18 della legge n. 69 del 2009, l'art. 345 comma terzo è stato modificato in senso conforme al citato orientamento, mediante l'inciso "e non possono essere prodotti nuovi documenti".

Analoga regola risulta ora positivizzata dall'art. 104 comma 2 c.p.a., a mente del quale nel giudizio di appello "Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabi-

le.”.

Ciò premesso, nel caso all’esame la mancata produzione del parere da parte della ricorrente nel corso del giudizio di primo grado non sembra in realtà ragionevolmente imputabile ad inesistenti cause di forza maggiore.

In proposito la prevalente giurisprudenza di legittimità esclude di poter valutare la indispensabilità del documento nella ipotesi di inesistenza di cause di forza maggiore (v. da ultimo Cass. 7441/11 e 12303/11).

Peraltro, come più ampiamente si vedrà in seguito, l’acquisizione del parere in questione neppure risulta indispensabile ai fini della decisione di merito.

Ne consegue che la produzione tardiva del documento va dichiarata inammissibile.

Tanto chiarito, non può condividersi la tesi – propugnata dall’appellante – secondo cui l’art. 2 comma 1 della legge regionale n. 15 del 2005 attribuisce al titolare di concessione marittima stagionale un vero e proprio diritto incompressibile al mantenimento delle strutture collaterali anche al termine della stagione balneare.

Come esattamente dedotto dall’Avvocatura erariale, invece, la legge citata demanda pur sempre all’Amministrazione una valutazione circa la compatibilità del protrarsi dell’occupazione con gli interessi pubblici coinvolti e soprattutto un potere di verifica circa la effettiva ascrivibilità delle attività collaterali che il concessionario intende svolgere al novero ristretto delle ipotesi in cui l’art. 1 della stessa leg-

ge n. 15/2005 consente l'esercizio di attività sui beni demaniali marittimi.

Sotto i profili ora richiamati, la competenza deliberativa finale è dell'Autorità concedente, mentre il parere dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesistico ha evidentemente, sotto il profilo formale, natura infraprocedimentale e quindi non costitutiva.

Ed è questa la ragione, si rileva per inciso, che ha indotto il collegio a non considerare quale documento decisivo o indispensabile il nuovo parere della soprintendenza in quanto ad esso non risulta aver fatto seguito, da parte dell'Assessorato concedente, alcuna iniziativa per la rimozione o il superamento del precedente diniego.

Tanto considerato sulle linee generali della problematica in rassegna, si ricorda poi nello specifico che con provvedimento n. 63/2009 la concessionaria era stata autorizzata a modificare l'assetto dello stabilimento in concessione per come originariamente configurato.

Tale provvedimento autorizzatorio, adottato come è evidente in epoca posteriore all'entrata in vigore della legge n. 15 del 2005, conteneva pacificamente una clausola ai sensi della quale la società era onerata di smontare tutte le attrezzature precarie al termine della stagione balneare, onde restituire l'arenile al suo aspetto naturale.

Sotto il profilo processuale, la mancata impugnazione da parte della società di tale clausola cogente la ha resa inoppugnabile, con conseguente preclusione della sua disapplicazione ad opera del giudice amministrativo.

Infatti la possibilità per il g.a di disapplicare atti non ritualmen-

te impugnati è ammessa, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, solo relativamente alle controversie concernenti diritti soggettivi, nonchè in generale per gli atti normativi.

Al di fuori di tali limitate ipotesi la disapplicazione di provvedimenti amministrativi non ritualmente impugnati, non può ritenersi consentita, posto che, ammettendo il sindacato incidentale di questi ultimi, si finirebbe per sovvertire le regole del giudizio impugnatorio e per snaturarne i caratteri essenziali.

Il mezzo in rassegna va quindi disatteso sotto ogni profilo.

Con il secondo motivo l'appellante torna a dedurre che in realtà nel caso di specie sulla richiesta di autorizzazione inoltrata alla Soprintendenza si era formato il silenzio assenso, per inutile decorso del termine di 120 giorni previsto dall'art. 46 della legge n. 17 del 2004.

Il mezzo non merita positiva considerazione per molteplici ragioni.

In primo luogo, nel caso all'esame il parere era stato richiesto alla Soprintendenza dagli uffici dell'Assessorato, con evidente inapplicabilità della norma speciale sopra citata che si riferisce al silenzio assenso sulle richieste di autorizzazione formulate da privati.

In secondo luogo, la normativa predetta non sembra potersi applicare al caso di opere già realizzate.

Infine va comunque osservato che in ogni caso – e cioè anche ammettendo che si fosse formato il silenzio assenso per quanto concerne l'autorizzazione paesistica – residuava il potere valutativo finale dell'Assessorato concedente nei sensi sopra detti.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono l'appello va quindi respinto, con conferma della sentenza gravata.

Ogni altro motivo od eccezione può essere assorbito in quanto ininfluyente ed irrilevante ai fini della presente decisione.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in via forfettaria nel dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe.

Condanna l'appellante al pagamento di Euro 3000,00 oltre accessori in favore dell'Assessorato ed Euro 3000,00 oltre accessori in favore dell'Associazione intimata, per le spese e gli onorari di questo grado del giudizio.

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

Così deciso in Palermo il 29 marzo 2012 dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, in camera di consiglio, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Antonino Anastasi, estensore, Ermanno de Francisco, Pietro Ciani, Giuseppe Mineo, Componenti.

F.to Riccardo Virgilio, Presidente

F.to Antonino Anastasi, Estensore

Depositata in Segreteria

18 settembre 2012