

Repubblica Italiana
REGIONE SICILIANA



*Ufficio Legislativo e Legale
della Presidenza della Regione Siciliana*

Prot. n. 11764 / 55/2018.11 del 1 Giugno 2018 Pos. Coll. e Coord. n.2.

Oggetto: Richiesta di titolo concessorio per lo stabilimento balneare in Alcamo formulata da "L'Albero della vita Società Cooperativa O.N.L.U.S." in ossequio alle decisioni del Giudice Amministrativo e in continuità col precedente titolo (c.d.m. n. 78/2015) annullato da questo. Riscontro atto di diffida e messa in mora. Riesame.

Assessorato Regionale Territorio e Ambiente
Dipartimento dell'Ambiente
Area 3 – Affari Legali e contenzioso
Palermo
(Rif. Prot. 31419 del 21 maggio 2018)

1. Con la nota in riferimento viene chiesto l'avviso dello scrivente Ufficio in ordine ad un'articolata fattispecie, oggetto di contenzioso definito con sentenza di appello e per il quale risulta pendente giudizio in Cassazione, relativa all'annullamento di una concessione demaniale marittima caducata dal Giudice Amministrativo.

Viene, pertanto, posta in rilievo l'opportunità di procedere ad una reiterazione dell'atto concessorio, previa rimodulazione del progetto precedentemente approvato, *"adeguandolo in conformità alle pronunce adottate; così soddisfacendo le esigenze amministrative con quelle sollevate in via giudiziaria, non ponendosi affatto quale elusione al giudicato ma anzi collocandosi in linea con quello"*.

Al riguardo, ed al fine di rendersi indenne da una possibile richiesta risarcitoria da parte del destinatario della concessione annullata, e con lo scopo di non incorrere nei divieti posti dalla legge regionale 3/2016 (divieto di rilascio di titoli concessori in assenza di Piani di utilizzo), codesto Dipartimento ritiene di poter considerare l'adeguamento progettuale non già una nuova richiesta concessoria, bensì una modifica del precedente progetto, che

risulterebbe scevro di quanto realizzato in contrasto con le previsioni urbanistiche adottate dal Comune e poste a fondamento delle decisioni del Giudice Amministrativo.

Pertanto, *“salvo diverso e motivato avviso”* di questo Ufficio, codesto Dipartimento *“provvederà ad espletare da subito gli adempimenti relativi alla pubblicazione ai soli fini oppositivi, per la successiva definizione della pratica”*.

2. In ordine alla consultazione richiesta si osserva quanto segue.

Preliminarmente si ritiene opportuno rilevare che lo scrivente Ufficio, ai sensi del D.P.Reg. n. 70 del 28 febbraio 1979, adempie istituzionalmente compiti di assistenza legale su specifici quesiti di diritto o interpretazioni normative e rappresentanza in giudizio nei confronti degli Organi di amministrazione attiva regionale, con esclusione di qualsivoglia controllo sull'attività dagli stessi posta in essere, la cui valutazione determinerebbe implicitamente non solo una verifica di legittimità sugli atti, ma soprattutto un accertamento di merito sulle decisioni adottate (o da adottare) ed ascritte esclusivamente all'organo competente che le ha assunte (o che deve assumerle).

Per altro verso, non può non rilevarsi come la richiesta di parere attenga più a valutazioni di ordine tecnico che a dubbi interpretativi di specifiche disposizioni di legge, vieppiù in ragione della pendenza di giudizio innanzi la Corte di Cassazione.

Sotto altro profilo non può sottacersi, inoltre, l'irritualità di porre la consultazione richiesta quale elemento dirimente nell'ipotesi di *“diverso e motivato avviso”* dello scrivente atteso che il parere di questo Ufficio non è vincolante per le determinazioni da assumere e che per lo stesso la legge non prevede alcuna ipotesi di *“silenzio assenso”* ove lo stesso non venisse reso *“con ogni possibile sollecitudine”*.

Pertanto, ferma la esclusiva competenza di codesto Organo di amministrazione attiva nell'adozione di ogni atto e provvedimento ritenuto idoneo, si forniscono taluni chiarimenti di carattere generale, con specifico riferimento gli istituti giuridici connessi con la fattispecie oggetto di parere.

3. La sanzione della nullità del provvedimento, prima prevista solo con riferimento ad ipotesi peculiari, è in atto regolata dall'art. 21 *septies* della legge 241/90, che prevede che il provvedimento amministrativo è nullo quando: a) manchi degli elementi essenziali; b) sia

viziato per difetto assoluto di attribuzione; c) sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato; d) in tutti gli altri casi espressamente previsti dalla legge.

Di norma quindi, l'effetto caducatorio operato dalla declaratoria di annullamento travolge retroattivamente tutti gli atti *medio tempore* posti in essere ed il principio di conservazione dell'atto amministrativo degrada rispetto alla più generale tutela che l'ordinamento riconosce all'annullamento dell'atto viziato.

In tal senso, quindi, il procedimento amministrativo, inteso come sequela di atti, ognuno dei quali è legittimato dal precedente e che legittima il successivo, viene inevitabilmente ed integralmente travolto dagli effetti caducatori della sentenza di annullamento, nei termini dalla stessa stabiliti.

Poste le superiori premesse va, tuttavia, rilevato che gli atti impugnati possono talvolta conservare i propri effetti sino a che la Pubblica Amministrazione non li modifichi o li sostituisca, ove il Giudice in tal senso disponga ma, fuori da tali ipotesi, l'esecuzione della sentenza di annullamento comporta il suo integrale adempimento che consiste non solo nella eliminazione degli atti impugnati ma, più in generale, nell'integrale ripristino della legalità violata, ed in tal senso non sembra allo scrivente che le decisioni dei Giudici Amministrativi emesse sulla fattispecie in esame abbiano fatto salvi gli effetti dell'istanza finalizzata all'emissione del provvedimento concessorio che, di fatto, risulta anch'essa assorbita dal procedimento amministrativo conclusosi con il provvedimento caducato.

Al riguardo l'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, dispone che *“ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso”*.

E', pertanto, evidente che, adottato il provvedimento finale, il relativo procedimento si estingue. Diversamente argomentando, si finirebbe per eludere *sine die* non solo il termine per la conclusione del procedimento, ma soprattutto il generale principio *tempus regit actum*, si che nell'ipotesi di annullamento del provvedimento finale l'istanza prodromica finirebbe per continuare ad espletare i propri effetti secondo la vigenza della legge del tempo in cui fu avanzata alla P.A.

Invero si osserva che, in presenza di un rapporto giuridico che si perfeziona attraverso una serie di atti i cui effetti sono destinati per natura ad articolarsi in una serie di distinti adempimenti, ciascuno è regolato dalla disciplina vigente al momento in cui vengono posti in essere, in aderenza al citato principio *tempus regit actum*¹. Pertanto, la legittimità del provvedimento non potrà che essere valutata in relazione alla normativa vigente nel momento in cui lo stesso viene adottato.

Nel caso che ci occupa, il CGA, nella sentenza di appello n. 00054/2017 RPC, rileva che *“il tema centrale della controversia, correttamente messo a fuoco dal TAR, è dunque quello relativo alla legittimità del titolo demaniale impugnato in primo grado in rapporto alla destinazione urbanistica. Rispetto a tale questione assume carattere recessivo l'ulteriore questione della legittimità o meno del comportamento ascrivibile alla Amministrazione comunale, in relazione alla sollecitazione della originaria parte ricorrente ad effettuare i controlli riguardo alla conformità degli interventi edilizi rispetto ai titoli abilitativi”, e pertanto, “a prescindere dalla conformità o meno dell'intervento eseguito rispetto a quanto autorizzato, il tema principale ritorna ad essere quello della assentibilità dell'intervento rispetto alla destinazione urbanistica di zona (e cioè della legittimità degli atti regionali impugnati che hanno consentito la realizzazione dello stabilimento balneare)”.*

4. Per completezza di trattazione, giova ancora evidenziare, ai fini che qui ci proponiamo, che, *“il “giudicato sostanziale” (art. 2909 c.c.), quale riflesso di quello formale (art. 324 c.p.c.), si forma su tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, comprese le questioni e gli accertamenti che rappresentano le premesse necessarie e il fondamento logico-giuridico ineludibile della pronuncia, che si ricollegano cioè in modo indissolubile alla decisione (giudicato esplicito) formandone l'indispensabile presupposto (giudicato implicito). Il giudicato si forma dunque non soltanto su quel che è stato oggetto di contrasto tra le parti ed ha trovato soluzione nel dispositivo, ma su tutto ciò che il giudice ha ritenuto, non incidentalmente ma decisamente. Il giudicato copre, quindi, il dedotto e il deducibile: questo principio, per il quale l'efficacia del giudicato si estende, oltre a quanto dedotto dalle parti, anche a quanto esse avrebbero potuto dedurre, si riferisce sempre a quelle ragioni non dedotte che rappresentano un antecedente logico necessario della pronuncia ed*

¹ Cfr C. di Stato, sez. VI, 28-12-2011, n. 6878, per il quale *“la legittimità degli atti amministrativi deve essere rapportata alla situazione di diritto riscontrabile alla data della relativa emanazione”*. Analogamente: C. Stato, sez. V, 19-10-2006, n. 6211; C. Stato, sez. IV, 21-08-2003, n. 4679; C. Stato, sez. V, 18-09-2003, n. 5299.

Dei GA

DR

impedisce che possa essere introdotta una nuova controversia con lo stesso oggetto ma con nuove ragioni, che ben si potevano far valere nel primo giudizio².

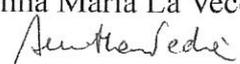
Conseguentemente, può esservi elusione del giudicato amministrativo (anche) quando la P.A. adotti un provvedimento solo formalmente ottemperativo, ma che nella sostanza lascia insoddisfatto l'interesse riconosciuto meritevole di tutela.

Nei termini che precedono viene resa la consultazione richiesta.

Ai sensi dell'art. 15 del regolamento approvato con D.P. Reg. 16 giugno 1998, n. 12, lo Scrivente acconsente alla diffusione del presente parere in relazione ad eventuali domande di accesso, presso codesto Dipartimento, inerenti al medesimo.

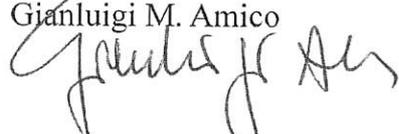
Si ricorda poi che, in conformità alla circolare presidenziale n.16586/66.98.12 dell'8 settembre 1998, trascorsi 90 giorni dalla data di ricevimento del presente parere, senza che codesta Amministrazione ne comunichi la riservatezza, lo stesso potrà essere inserito nella banca dati dello scrivente Ufficio.

Avv. Dario Schelfi


Il dirigente avvocato
Anna Maria La Vecchia




L'AVVOCATO GENERALE

Gianluigi M. Amico


² Luigi De Ruggiero – Il giudizio di Appello.

