

Pubblicato il 28/08/2018

N. 01741/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01741/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1741 del 2017, proposto da Giuseppe Lo Presti e Graziella Alberta Giaconia, rappresentati e difesi dall'avvocato Giuseppe Sciuto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catania, via Vincenzo Giuffrida 37;

contro

Comune di Enna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Elvira Termine, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare

- del provvedimento del 14 luglio 2017 prot 23242 di diniego al silenzio assenso sulla richiesta di rilascio di permesso di costruire in sanatoria quale accertamento di conformità;

- dell'atto del 4 maggio 2017 prot. n. 14404 di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della richiesta di accertamento di conformità;

nonché di ogni ulteriore atto o provvedimento, antecedente o successivo comunque presupposto, connesso o consequenziale, ivi compresa ove occorra, la delibera della Giunta Municipale del Comune di Enna del 20 febbraio 2017 numero 35 richiamata nel sopradetto provvedimento del 4 maggio 2017, del “*...parere espresso dall'avvocatura comunale..*” anch'esso richiamato nel provvedimento del 4 maggio 2017 ma non conosciuto e della nota del Comune di Enna del 7 febbraio 2017 prot. 801765.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Enna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2018 la dott.ssa Raffaella Sara Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I ricorrenti, proprietari di un fondo agricolo ubicato nella contrada Rizzuto/Vanelle del comune di Enna, distinto al catasto al foglio 71 particelle 87, 88 e 120, hanno realizzato su tale area un edificio, adibito a residenza familiare, in assenza di titolo.

L'amministrazione comunale, con sopralluogo del 23 giugno 1998, ha rilevato l'intervenuta realizzazione di “*..opere edili, relativi alla realizzazione di un immobile di forma rettangolare avente dimensioni di mt 13,50 x 12,30 circa su una superficie coperta di mq 166 circa così distinta: da*

un piano interrato, da un piano terra e piano sottotetto; la struttura in c\c\ a: tamponata con laterizi e provvista di manto di tegole, il tutto allo stato grezzo priva di infissi e di pavimentazione. L'altezza complessiva dal piano di campagna al colmo centrale sviluppa mt 7,00 circa".

Successivamente, con ordinanza del 4 ottobre 2001 n. 38, il Comune ha ingiunto la demolizione delle opere abusive.

I ricorrenti, che, frattanto, hanno ripreso i lavori, ultimando i piani interrato e sottotetto, con istanza del 30 agosto 2016, prot. n. 32030, hanno presentato al Comune di Enna istanza di permesso di costruire in sanatoria; a tal fine, hanno fatto valere la cessione della cubatura relativa a taluni terreni, frattanto acquistati.

Il Comune di Enna, dopo una iniziale nota favorevole del 7 ottobre 2016, ha, poi, con nota del 24 dicembre 2016, comunicato un primo avvio del procedimento di diniego della sopradetta richiesta di sanatoria, indicando, quali motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza:

- l'assenza di una significativa vicinanza tra alcuni dei lotti da asservire ed il terreno interessato dall'intervento edilizio;
- la circostanza che alcuni dei lotti sarebbero stati acquistati successivamente alla realizzazione dell'abuso, con mancanza, quindi, della doppia conformità;
- l'ordine di demolizione contenuto nella sentenza penale di condanna emessa, in relazione all'abuso in questione, dal Tribunale di Enna in data 22 maggio 2002 nei confronti dei ricorrenti e confermata con sentenza della Corte di Appello di Caltanissetta del 24 giugno 2003.

I ricorrenti hanno, quindi, presentato una memoria, assunta al protocollo del comune con il n. 2845 del 27 gennaio 2017, allegando

un parere legale sull'assentibilità dell'intervento in applicazione delle nuove disposizioni normative introdotte dalla legge regionale n. 16/2016.

I signori Lo Presti - Giaconia, in mancanza di alcun provvedimento conclusivo da parte del Comune, con nota dell'11 luglio 2017, hanno fatto presente che, essendo ampiamente decorso il termine di 90 giorni previsto dall'art. 14 comma 3, l.r. 16/16 senza una pronuncia da parte dell'amministrazione, l'istanza di accertamento di conformità doveva intendersi assentita per silenzio.

Il Comune di Enna, con nota del 14 luglio 2017, prot. n. 23242, ha affermato che i ricorrenti non potevano avvalersi della nuova normativa disciplinante il silenzio-assenso sull'istanza di accertamento di conformità, atteso che l'amministrazione comunale, con nota prot. 14404 del 4 maggio 2017, allegata in copia, aveva ribadito la "non procedibilità" dell'istanza.

In tale nota, l'Area 2 – Tecnica e di Programmazione Urbanistica ha comunicato che avrebbe emesso un provvedimento di diniego, considerato che, con delibera di G.M. n. 35 del 20 febbraio 2017, aveva adottato un atto di indirizzo per il quale, ai fini dell'asservimento di un terreno ad un altro, deve ritenersi significativa una distanza non superiore ai 50 metri. In tale nota, tenuto conto della pendenza del giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 14, l.r. 16/16, ha, altresì, fatto presente che eventuali atti adottati o formati *per silentium* sulla base di tale disposizione sarebbero stati suscettibili di "*revoche/ annullamenti*" se in contrasto con norme sopravvenute o con decisioni della Corte Costituzionale.

Con il ricorso oggi all'esame, notificato il 13.10.2017 e depositato il 18.10.2017, è stato chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare, di tali atti, per i motivi così rubricati:

Violazione dell'articolo 14 della legge regionale 16/2016 e degli articoli 10 bis e 20 della legge 241/1990 – Eccesso di potere per difetto dei presupposti e di istruttoria.

Gli atti impugnati - con i quali, secondo i ricorrenti, il Comune avrebbe avuto l'intento di interrompere il termine per la formazione del silenzio – sarebbero illegittimi, atteso l'intervenuto decorso di tale termine già prima dell'adozione di tali atti.

In via subordinata, per l'ipotesi in cui le due note sopra descritte dovessero intendersi quali atti di annullamento del provvedimento tacito formatosi, i ricorrenti hanno dedotto:

Violazione degli articoli 20 e 21 nonies della legge 241/1990 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

Il provvedimento di ritiro non conterrebbe alcuna valutazione dell'interesse pubblico al ripristino della legalità né dell'interesse privato al mantenimento del provvedimento tacito.

Infine, in via ulteriormente subordinata, per l'ipotesi in cui la nota prot. 14404 del 4 maggio 2017 venisse intesa quale provvedimento di rigetto dell'istanza di accertamento di conformità, sono state dedotte ulteriori doglianze, così rubricate:

Violazione degli articoli 14 e 22 della legge regionale 16/2016 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione, travisamento dei fatti e contraddittorietà.

In estrema sintesi, tra i fondi asserviti e quello interessato dal fabbricato sussisterebbe quella “significativa vicinanza” che consente le cessioni di cubatura.

Si è costituito in giudizio il Comune, con memoria del 6 novembre 2017, deducendo l'infondatezza del ricorso e rilevando, ulteriormente, la tardività dell'istanza di sanatoria in quanto avanzata oltre il termine di 90 giorni di cui all'art. 13, l.r. 47/85.

Con ordinanza n. 770 del 9 novembre 2017, è stata accolta la domanda cautelare.

È intervenuta, in pendenza del giudizio, la sentenza n. 232 dell'8 novembre 2017, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale (anche) del comma 3 dell'art. 14, l.r. 16/2016.

In vista dell'udienza pubblica fissata per la trattazione del merito del ricorso, entrambe le parti hanno presentato memorie con le quali hanno insistito nelle proprie difese.

Il comune, in particolare, ha dedotto l'inammissibilità e l'irricevibilità del ricorso in ragione della mancata impugnazione dell'ordinanza con la quale era stata ingiunta la demolizione del fabbricato e tenuto conto dell'acquiescenza prestata alla nota del 4 maggio 2017, avverso la quale non sarebbero state avanzate controdeduzioni e che non sarebbe stata tempestivamente impugnata; il silenzio-assenso, inoltre, non si sarebbe formato, tenuto conto dell'intervenuto pronunciamento della Corte Costituzionale.

I ricorrenti hanno replicato a tali difese e, quanto alla declaratoria di illegittimità costituzionale del comma 3 sopra menzionato, hanno sostenuto la improduttività di effetti della sentenza n. 232/2017 relativamente alla fattispecie in esame.

All'udienza pubblica del 5 luglio 2018, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Preliminarmente, occorre rilevare l'infondatezza delle eccezioni di inammissibilità e di irricevibilità sollevate dal Comune.

La mancata impugnazione dell'ingiunzione di demolizione non preclude, infatti, l'impugnazione del provvedimento relativo all'istanza di accertamento di conformità.

Né può dirsi che sia stata prestata acquiescenza alla nota prot. 14404 del 4 maggio 2017, atteso che i ricorrenti hanno impugnato tale atto con il ricorso in esame, notificato il 13 ottobre 2017 e quindi tempestivamente, posto che gli stessi ricorrenti hanno dichiarato di avere conosciuto la citata nota solo in occasione della notifica della nota prot. n. 23242 del 14 luglio 2017, spedita con raccomandata del 19 luglio 2017; circostanza, questa, non contestata dal comune.

Ciò premesso, deve passarsi all'esame del ricorso, valutando, preliminarmente, la natura degli atti impugnati, anche tenuto conto della proposizione, da parte dei ricorrenti, di una pluralità di doglianze, graduate in ragione di ciò che questo Collegio riterrà essere il contenuto di tali atti.

La nota prot. n. 14404/2017, infatti, è stata contestata: quale semplice atto con cui, nel presupposto che sull'istanza di accertamento di conformità non si sia formato un provvedimento tacito di assenso, si è preannunciata l'adozione di un provvedimento di diniego (primo motivo); quale atto di ritiro del provvedimento di assenso (secondo motivo) e quale provvedimento di rigetto dell'istanza di accertamento di conformità (terzo motivo).

Orbene, ritiene il Collegio che non possa prescindere dal dato testuale (*“questo ufficio ... provvederà ad emettere il provvedimento definitivo di diniego”*), che non consente di attribuire natura provvedimentoale alla

nota, che preavvisa dell'adozione di un successivo provvedimento di diniego.

Benché tale atto contenga l'indicazione delle ragioni per le quali l'ufficio *“ritiene di non accogliere la richiesta di accertamento di conformità”*, la manifestazione di tale intendimento deve ritenersi abbia la natura di avviso ex art. 10-*bis* l. 241/90, più che di provvedimento sull'istanza e ciò nonostante un primo preavviso di rigetto fosse stato adottato con nota del 24 dicembre 2016.

L'atto, dunque, è stato adottato nel presupposto della pendenza del procedimento e, quindi, della mancata formazione di un provvedimento tacito di assenso; benché si tratti di atto endoprocedimentale, esso presenta autonoma lesività nella misura in cui implicitamente nega che si sia formato il silenzio-assenso e, sotto tale profilo, ne va vagliata la legittimità.

Va, in altre parole, scrutinata la questione dell'avvenuta formazione, nel caso in esame, del provvedimento tacito di assenso.

Il silenzio-assenso sull'istanza di accertamento di conformità è stato introdotto con la legge regionale n. 16 del 10 agosto 2016, che, all'art. 14, co. 3, ha così stabilito: *“In presenza della documentazione e dei pareri previsti, sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro novanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende assentita”*.

Tale regime, dunque, è andato a sostituire – per un breve periodo, ossia fino all'intervento della Corte Costituzionale – l'opposto regime del silenzio-rigetto, dettato dall'art. 36, D.P.R. 380/2001.

Ai sensi del terzo comma di tale articolo, *“Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si*

pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata”.

Occorre stabilire, in assenza di disposizione transitoria, quale dei due regimi normativi sia applicabile al procedimento in esame, avviato con istanza avanzata il 30 agosto 2016.

Deve rilevarsi, a tale proposito, che la legge regionale n. 16/2016 è stata pubblicata nel supplemento ordinario alla gazzetta ufficiale della Regione Siciliana n. 36 del 19 agosto 2016 e, pertanto, ai sensi dell’art. 13 dello Statuto regionale, che prevede un periodo di *vacatio legis* di 15 giorni, è entrata in vigore il 3 settembre 2016.

Alla data di proposizione della domanda, dunque, la normativa di nuova introduzione, disciplinante l’istituto del silenzio-assenso, non era entrata in vigore. Tale circostanza impedisce che alla stessa possa applicarsi la nuova disciplina.

Lo speciale effetto attribuito dalla legge alla fattispecie complessa costituita dalla proposizione dell’istanza, corredata dalla necessaria documentazione, e dal decorso del termine normativamente previsto non può infatti farsi retroagire alle istanze avanzate prima dell’entrata in vigore della normativa che tale fattispecie disciplini.

Ha affermato, in proposito, il Consiglio di Stato: *“La procedura di silenzio-assenso è applicabile soltanto alle istanze presentate successivamente all’entrata in vigore delle norme che la istituiscono, atteso che solo un’istanza posteriore a tale momento può ritenersi qualificata come elemento della relativa fattispecie, cioè posta in essere quando è previsto il prodursi di quel particolare effetto di pendenza che impone ex novo uno speciale e pregnante obbligo dell’amministrazione, in precedenza non configurabile, di attivarsi tempestivamente o, in alternativa, l’operare di un effetto abilitativo/permisivo favorevole all’istante, connesso all’inerzia dell’amministrazione oltre il limite*

temporale indicato dalla norma” (sez. V, 2 ottobre 2008, n. 4755; nello stesso senso, sez. VI, 31 gennaio 2006, n. 327).

La peculiarità della presente fattispecie – che la distingue dai casi esaminati nei precedenti appena citati - sta nel fatto che la nuova normativa è entrata in vigore in pendenza del termine per provvedere e non dopo il suo decorso. Tale circostanza, tuttavia, non consente di pervenire a conclusioni diverse, atteso che, comunque, non potrebbe attribuirsi all’inerzia dell’amministrazione un effetto che non era previsto nel momento in cui tale inerzia, anche solo in parte, ha avuto luogo; ciò anche in considerazione del particolare effetto ad essa connesso, che è quello di *“un surrettizio condono edilizio”* (così Corte Cost. n. 232/17).

In altri termini, anche in considerazione della necessità di fissare la regola da applicare al procedimento, non sembra logico che l’esito dello stesso e, soprattutto, la conseguenza della condotta (silenziosa) da parte dell’Amministrazione possa essere mutevole in ragione di una normativa sopravvenuta, venendo meno, così, la certezza del significato del comportamento che quest’ultima deve tenere.

Invero, si ribadisce con la previgente normativa, il mancato esito all’istanza avrebbe manifestato il diniego, mentre, con quella successiva, l’assenso e, quindi, la necessità di attivarsi (in virtù di una norma sopravvenuta), al fine di evitare l’eventuale diniego ritenuto legittimo.

Consegue il rigetto del ricorso.

La novità della questione giustifica la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Giuseppina Alessandra Sidoti, Primo Referendario

Raffaella Sara Russo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaella Sara Russo

IL PRESIDENTE
Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO