

ON.LE TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER LA SICILIA – SEZIONE DISTACCATA DI CATANIA

COMUNE DI GIARDINI NAXOS

28 SET. 2017

Protocollo N. 21258

Ricorso

Nell'interesse dei Sig.ri Francesco Spitaleri, nato a Roccella Valdemone il 9.2.1956 (cf. SPTFNC56B09H455M) e residente in Giardini Naxos, Via Marsala n. 11, e Salvatrice Crifò nata a Catania il 15.7.1964 (Cf. CRFSVT64L55C351H) e residente in Roccella Valdemone, Via San Biagio Cuba n. 6, nonché della ditta F.lli Spitaleri di Spitaleri Giovanni e Alice s.n.c., con sede legale in Giardini Naxos, Via Jannuzzo 14 (P.Iva. 030290570831), in persona del legale rappresentate *pro tempore* Sig. Giovanni Spitaleri, tutti rappresentati e difesi, per procure ex art. 83 c.p.c. allegate in calce al presente atto, dall'Avv. Letterio Donato (CF. DNTLTR83C01F158C; pec: *leliodonato@pec.giuffre.it*; fax 090714554) ed elettivamente domiciliati in Catania, presso la segreteria del TAR

contro

- il Comune di Giardini Naxos, in persona del sindaco pro-tempore

per l'annullamento - previa sospensione

- della determina dirigenziale n. 152 del 2 maggio 2017 (all. 1), notificata agli odierni ricorrenti il 17.7.2017, con la quale il Comune di Giardini Naxos ha annullato in autotutela l'autorizzazione edilizia prot. n. 14818 del 16.7.2013, il certificato di agibilità provvisorio n. 47 del 17.9.2014 e l'autorizzazione allo scarico prot. n. 18262 del 24.9.2014, inerenti l'immobile al piano terra di viale Jannuzzo n. 14 del Comune di Giardini Naxos;

- della ordinanza n. 11 del 12.7.2017 (all. 2) con la quale il Comune di Giardini Naxos ha ingiunto ai ricorrenti, ognuno per quanto di propria competenza e responsabilità, la demolizione della porzione di fabbricato asseritamente realizzato abusivamente, in assenza del nulla osta del genio civile e del parere della Soprintendenza BB.CC.AA. di Messina;

nonché per la condanna

del Comune di Giardini Naxos al risarcimento dei danni subiti dai ricorrenti in dipendenza ed a causa degli illegittimi atti impugnati.

Premessa:

I coniugi Francesco Spitaleri e Salvatrice Crifò sono proprietari dell'immobile sito in Giardini Naxos, Viale Jannuzzo n. 14, per averlo acquistato da Antonio Puglisi

e dalla di lui moglie, con atti rogati nel novembre 2011 (con cui questi ultimi ne hanno trasferito ai primi la metà indivisa) e nel novembre 2015 (la restante metà). Nello specifico, si tratta di un immobile, con annesse pertinenze (tra le quali un ampio terrazzo), sito al piano terraneo di un complesso edilizio realizzato, tra il 1974 ed il 1980, in virtù di regolari titoli abilitativi rilasciati dal Comune di Giardini Naxos, per la realizzazione di una casa Albergo.

Nel tempo, sullo stesso immobile sono state realizzate delle opere in ampliamento per la cui regolarizzazione i danti causa degli odierni ricorrenti, tra il marzo ed il dicembre del 2004, hanno presentato quattro istanze di condono edilizio.

La situazione di fatto dell'immobile - i cui locali, per come si legge nel certificato di agibilità provvisoria n° 646 dell'11.03.2005, rilasciato dal Comune di Giardini Naxos (**all. 3**), sono composti, tra l'altro, "*... all'esterno da una tettoia e da un'ampia terrazza*" - è rimasta immutata da allora ad oggi (fatte salve alcune modifiche interne, anch'esse, più di recente (per come si vedrà), espressamente autorizzate dall'Amministrazione).

Nello stesso immobile, fino a pochi anni addietro, è stata svolta, dai danti causa dei ricorrenti, l'attività di Bar/Ristorante/Pizzeria.

Inoltre, l'1 febbraio 2013, il citato Antonio Puglisi (dante causa dei ricorrenti), in esecuzione della nota prot. n. 24807 del 21.12.2012 (**all. 4**) - con la quale il Comune di Giardini Naxos gli aveva richiesto la documentazione integrativa per l'esame delle suddette istanze di condono, comunicandogli, altresì, che nelle more, il 16 gennaio 2013, sarebbe stato eseguito un sopralluogo - ha prodotto la documentazione stessa (**all. 5**), depositando, tra l'altro, copia dei versamenti effettuati e, in triplice copia, il progetto delle opere oggetto di condono.

Nel frattempo, è stato eseguito il preannunciato sopralluogo senza riscontrarsi difformità alcuna tra le opere realizzate a quelle oggetto del condono.

Nel luglio 2013, cessata l'attività di bar/ristorante, i coniugi odierni ricorrenti (all'epoca proprietari di metà indivisa dell'immobile di cui parla) si sono determinati ad intraprendere quella di residenza per anziani e, in funzione di questa, hanno chiesto al Comune di Giardini Naxos il cambio di destinazione d'uso e l'autorizzazione alla realizzazione di alcune opere interne idonee ad adeguare la struttura commerciale in casa di riposo per anziani (**all. 6**).

Il Comune di Giardini Naxos, con provvedimento n. 15788 del 31 luglio 2013, ha autorizzato sia l'uno che le altre (**all. 7**).

Eseguite le predette opere, lo stesso Comune, il 17 settembre del 2014, previa verifica di ogni altro presupposto di legge, ha rilasciato l'autorizzazione di agibilità provvisoria n. 47 (**all. 8**), sino alla definizione delle suddette istanze di sanatoria, nella stessa autorizzazione espressamente e singolarmente indicate.

Inoltre, con provvedimento prot. n. 18262 del 24 settembre 2014 (**all. 9**), ha autorizzato lo scarico nella pubblica fognatura.

Indi, i coniugi odierni ricorrenti hanno concesso l'immobile per cui è causa, in comodato d'uso gratuito, alla Società (costituita dai figli) F.Ili Spitaleri di Spitaleri Giovanni e Alice s.n.c., la quale, conseguite le ulteriori necessarie autorizzazioni di legge, ha notificato all'Amministrazione, in data 23 ottobre 2014, una SCIA (**all. 10**), avente ad oggetto l'attività di residenza per anziani, che, su richiesta della stessa Amministrazione, è stata integrata il 17 novembre 2014 (**all. 11**).

In data 16/12/2014, l'U.T.C. del Comune di Giardini Naxos ha eseguito un ulteriore sopralluogo il cui relativo verbale non è stato comunicato ai ricorrenti.

La medesima Società, non avendo l'Amministrazione, nei termini di legge, osservato alcunché in ordine al comunicato inizio dell'attività, ha, quindi, avviato il programmato esercizio della residenza per anziani che, sin da subito, ha riscosso grande interesse da parte dell'utenza interessata e che, ancora oggi la vede impegnata - ormai da quasi tre anni - con grande soddisfazione della stessa utenza, per l'alta qualità del servizio assistenziale offerto.

Se non ché, con nota prot. n. 3919 del 24.2.2016 (**all. 12**), il Comune di Giardini Naxos - viste le note SUAP n° 300 del 13/11/2014 e prot. 4452 UTC del 16/12/2014 (delle quali i ricorrenti non avevano mai avuto conoscenza) - ha comunicato alla Società ricorrente l'avvio di un procedimento per l'annullamento dell'autorizzazione edilizia al cambio di destinazione d'uso ed alla realizzazione delle opere interne del luglio 2013, del certificato di agibilità provvisorio n. 47 del 17 settembre 2014 e dell'autorizzazione allo scarico prot. n. 18262 del 24 settembre 2014, contestando, genericamente, il mancato rilascio del nulla osta della soprintendenza, l'impossibilità di realizzare trasformazioni urbanistiche su immobili soggetti a condono prima della definizione della pratica, la realizzazione di un incremento di superficie utile e di volume rispetto a quanto dichiarato nella pratica di condono e l'incompatibilità tra la destinazione d'uso e la zona di espansione turistica.

Tali contestazioni sono state confutate, dalla stessa Società e dal sig. Francesco

Spitaleri, con memoria del 10 marzo 2016 (**all. 13**), opponendosi, per un verso, l'assoluta genericità delle contestazioni stesse, così come operate dall'Amministrazione, e per altro verso, l'assoluta compatibilità della zona di espansione turistica con la struttura ricettiva per anziani realizzata ed avviata.

In esito a ciò, la stessa Amministrazione, con nota del 13 ottobre 2016 prot. n. 18208 (**all. 14**), ha comunicato l'avvio di un nuovo procedimento per la revoca degli stessi atti, ribadendo le contestazioni già formulate e rinunciando definitivamente alla presunta incompatibilità della destinazione d'uso con la zonizzazione contenuta nel Piano Regolatore Generale.

A tale comunicazione ha replicato il Sig. Spitaleri (**all. 15**), confutando, ancora una volta le contestazioni mosse dall'Amministrazione e chiarendo, attraverso la documentazione colà richiamata, l'assoluta corrispondenza tra le planimetrie ed i grafici da esso prodotti per il rilascio delle autorizzazioni oggetto dell'avviato procedimento di revoca e quelli prodotti dal precedente proprietario (sig. Antonio Puglisi) ai fini del chiesto condono edilizio.

Nonostante ciò, il Comune di Giardini Naxos, con un'ulteriore nota del 18 gennaio 2017 (**all. 16**), rettificando ed integrando la precedente nota, ha comunicato di aver avviato, ancora una volta (la terza) e per le medesime ragioni già esplicitate nelle precedenti comunicazioni, l'avvio del procedimento diretto all'annullamento della suddetta autorizzazione edilizia, del certificato di agibilità provvisorio e dell'autorizzazione allo scarico.

In riscontro a tale comunicazione, il Sig. Spitaleri ha ribadito la richiesta di archiviazione del procedimento, oltre che per le ragioni già addotte nelle sue precedenti memorie, anche perché risultava apertamente violato il termine di cui all'art 21 *nonies* della L. 241/90, così come modificato dall'art 6 comma 1, lett. d) n. 1, della L. 124/2015 (**all. 17**).

Infine, l'Amministrazione, dopo aver aperto nel corso di un anno per ben tre volte il medesimo procedimento, con determina dirigenziale n. 152 del 2 maggio 2017, notificata alla Società ricorrente ed ai coniugi Spitaleri il 17 luglio 2017 (**all. 1**), ha proceduto all'annullamento, in autotutela, dell'autorizzazione edilizia prot. n. 14818 (recte: 15788) del 16 (recte: 31) luglio 2013, del certificato di agibilità provvisorio n. 47 del 17 settembre 2014, nonché dell'autorizzazione allo scarico prot. n. 18262 del 24 settembre 2014.

Nel contempo - contraddicendo se stessa - con provvedimento del 5 maggio 2017

t
c
t
z
F
e
s
c
3
p
di
Ir
A
no
L'
m

n. 13 (**all. 18**), sulla base della SCIA presentata circa tre anni prima, ha rilasciato l'autorizzazione ex art. 86 del T.U.L.P.S. per l'esercizio della struttura residenziale per anziani denominata "Casa Spitaleri".

Inoltre, con ordinanza n. 11 del 12 luglio 2017, notificata il 17 luglio 2017 (**all. 2**), non tenendo conto di tale ultima autorizzazione, ha intimato ai ricorrenti, ciascuno per quanto di propria competenza, la demolizione delle opere realizzate in assenza del titolo abilitativo.

Sulle domande di condono edilizio permane, invece, il più totale silenzio.

* * * * *

Ciò premesso, con il presente unico ricorso, i ricorrenti intendono impugnare - come in effetti impugnano - tutti i suddetti provvedimenti lesivi adottati dal comune di Giardini Naxos - come meglio ed espressamente indicati in epigrafe.

Gli stessi provvedimenti, infatti - connessi tra loro, trovando tutti essi fondamento nel medesimo fatto d'amministrazione - sono illegittimi per le seguenti ragioni di

Diritto

A) sulla determina n. 152 del 2 maggio 2017.

Con determina n. 152 del 2 maggio 2017 l'amministrazione ha annullato in autotutela, dopo oltre tre anni dal loro rilascio, l'autorizzazione edilizia prot.n. 14818 del 16 luglio 2013, il certificato di agibilità provvisoria dell'immobile prot. n. 47 del 17 settembre 2014 e l'autorizzazione allo scarico prot, n. 18262 del 24 settembre 2014.

A supporto dell'atto di ritiro la stessa ha addotto che: 1) non sarebbe in assoluto possibile eseguire trasformazioni urbanistiche sugli immobili soggetti a condono edilizio prima della definizione della pratica; 2) nell'autorizzazione edilizia rilasciata il 31 luglio 2013 prot. 15788 (**all. 7**) risulterebbe un incremento di superficie utile e di volume rispetto a quanto dichiarato nella pratica di condono edilizio; 3) l'agibilità provvisoria sarebbe illegittima in quanto rilasciata su di un immobile privo di titolo abilitativo; 4) non risulterebbe acquisito agli atti il necessario parere della soprintendenza ai BB.CC.AA. di Messina.

In ordine alla determina n. 152 si deducono i seguenti motivi di ricorso:

A.1) Violazione, falsa ed erronea interpretazione ed applicazione dell'art. 21 nonies, comma 1, della Legge 241/1990.

L'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, recante la disciplina dell'"annullamento d'ufficio", in esito alle modifiche da ultimo apportate con la legge 7 agosto

2015, n. 124, ha ristretto la possibilità di esercitare il potere c.d. di autotutela entro un termine *"ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici"*.

Con la novella legislativa all'elemento c.d. "rigido" della illegittimità dell'atto (che, come meglio si vedrà oltre, è anch'esso del tutto insussistente), se ne aggiunge uno ulteriore legato al trascorrere del tempo.

La disposizione, infatti, *"ha introdotto un preciso e ben individuato termine definibile "perentorio" per l'esercizio del potere di autotutela, ossia un termine "massimo" per il legittimo esercizio del potere in questione"* (cfr., tra le altre, TAR Puglia, Bari, 17 marzo 2016, n. 351). Superato detto termine il provvedimento di annullamento d'ufficio che incide su autorizzazioni o refluisca su vantaggi economici *medio tempore* conseguiti deve ritenersi illegittimo per violazione di legge.

Inoltre, secondo quanto precisato dalla giurisprudenza, ai fini del rispetto di tale termine non vale la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento, ma solamente l'effettiva adozione del provvedimento di autotutela (cfr., TAR Puglia, Bari, n° 351/2016 cit. e Cons. Stato, comm. spec., parere 30/03/2016 n. 839). Alla regola generale contenuta nel nuovo art. 21 *nonies* non si sottraggono le autorizzazioni edilizie, né le altre suddette, per le quali parimenti opera il limite dei diciotto mesi.

Nel caso di specie l'amministrazione ha annullato l'autorizzazione edilizia n. 15788 del 31 luglio 2013, il certificato di agibilità provvisorio n. 47 del 17 settembre 2014 e l'autorizzazione allo scarico del 24 settembre 2014, quando ormai erano abbondantemente trascorsi i diciotto mesi dalla loro adozione.

Pertanto, l'impugnato provvedimento di annullamento d'ufficio, siccome intervenuto oltre il termine perentorio di 18 mesi stabilito dalla citata norma, è illegittimo e dovrà essere annullato.

A.2) Violazione, falsa ed erronea interpretazione ed applicazione dell'art. 21 *nonies*, comma 2-bis, della Legge 241/1990.

A ciò si aggiunga che l'Amministrazione, nel caso di specie, a fondamento della propria decisione, non ha invocato né altrimenti applicato la deroga al suddetto termine prevista dal comma 2 *bis* dello stesso articolo, per i casi in cui i provvedimenti da annullare siano stati *"conseguiti sulla base di false rappresentazioni"*

dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato”.

Per cui, resta escluso che la stessa Amministrazione potesse annullare, in autotutela, le suddette autorizzazioni, dopo la scadenza del termine previsto dal comma 1 della citata norma.

Invero, per le ipotesi in cui un'autorizzazione sia stata conseguita sulla scorta di false rappresentazioni dei fatti o per effetto di condotte costituenti reato, la norma ha inteso tutelare l'affidamento prestato dal cittadino in buona fede, posticipando l'adozione dell'atto di ritiro all'accertamento in concreto della responsabilità penale di quest'ultimo.

Nel caso di specie, pertanto, non essendo intervenuto alcun accertamento penale in ordine alla fattispecie in esame, difetta anche il presupposto perché possa procedersi al ritiro degli atti oltre il termine perentorio previsto per legge.

In ogni caso, non sussistono, nel caso di specie, i presupposti per invocare tale eccezione alla regola ordinaria (nemmeno invocata dall'amministrazione).

Infatti, gli odierni ricorrenti, con l'istanza per il rilascio dell'autorizzazione edilizia (**all. 6**) oggetto di illegittimo annullamento, hanno rappresentato fedelmente lo stato dei luoghi all'epoca esistente e del tutto corrispondente a quello rappresentato dal loro dante causa, con le quattro istanze di condono da quest'ultimo presentate nell'anno 2004, nonché con la integrazione documentale richiestagli dall'Amministrazione nel dicembre 2012 (**all. 4**) e prodotta l'1 febbraio 2013 (**all. 5**).

In proposito, occorre segnalare che le domande di condono e la successiva integrazione sono state presentate dal dante causa degli odierni ricorrenti, i quali pertanto, hanno avuto contezza solo della loro presentazione e non anche del loro specifico contenuto.

Per cui, non si rinviene alcuna dichiarazione mendace, né alcuna falsa rappresentazione dei fatti da parte degli odierni ricorrenti, i quali, invece, agendo in buona fede, hanno rappresentato sempre la realtà fattuale riscontrata. Invero, lo stato dei luoghi rappresentato nella detta istanza di autorizzazione edilizia è identico a quello rappresentato negli allegati all'istanza di condono.

D'altra parte, pochi mesi prima, e precisamente il 16 gennaio 2013, la stessa Amministrazione, a seguito di sopralluogo, aveva accertato la rispondenza di quanto esistente rispetto a quanto dichiarato nelle pratiche di condono e rappresentato in

planimetria.

Tale circostanza ha certamente accresciuto il convincimento degli odierni ricorrenti sul fatto che quanto esistente fosse stato oggetto - effettivamente - di domanda di condono.

Di conseguenza, mentre, da un lato, risulta già manifesto che i provvedimenti oggetto di ritiro non sono stati conseguiti sulla base di una falsa rappresentazione dei fatti e delle relative dichiarazioni e certificazioni, dall'altro, si palesa, invece, evidente come la determina impugnata, laddove è stata fondata su un presunto incremento della superficie utile e di volume, sia affetta dai vizi di seguito dedotti col presente ricorso.

A.3) Violazione, falsa ed erronea interpretazione ed applicazione dell'art. 21 nonies L. 241/90 - Eccesso di potere per errore nei presupposti e sotto il profilo del travisamento dei fatti - Violazione del principio di legalità - Violazione del principio di buona fede e correttezza - Irragionevolezza e contraddittorietà manifesta.

Difetta nel caso di specie anche l'ulteriore elemento "rigido" della illegittimità dell'atto.

A.3.1) In particolare, nessuna illegittimità è possibile riscontrare in merito all'autorizzazione edilizia prot. n. 14818 del 16 luglio 2013 (recte: prot. n. 15788 del 31 luglio 2013) per le ragioni che seguono:

x) A dire dell'amministrazione tale provvedimento sarebbe illegittimo in quanto avrebbe illegittimamente autorizzato alcune trasformazioni urbanistiche su immobili soggetti a condono edilizio prima della definizione della pratica.

L'assunto è assolutamente errato.

x.1) Non vi è infatti alcuna disposizione normativa che vieti di autorizzare trasformazioni urbanistiche che siano compatibili con lo strumento urbanistico generale per gli immobili soggetti a condono edilizio e per i quali l'amministrazione non abbia ancora esitato la pratica.

Tale assunto è, quindi, in primo luogo, contrario al principio di legalità, in quanto impone un limite alla libertà di utilizzo del bene non altrimenti previsto da alcuna disposizione normativa.

x.2) L'assunto è inoltre contrario a principi di buona fede e correttezza che informano anche l'attività provvedimentale dell'amministrazione. Infatti, il ritardo con il quale l'amministrazione evade le pratiche di condono edilizio non può in alcun

modo refluire negativamente sulla posizione dei privati che legittimamente (consapevoli della precarietà di fondo della propria posizione) chiedono di poter realizzare interventi edilizi compatibili con lo strumento urbanistico generale.

È appena il caso di rammentare che l'autorizzazione annullata ha assentito alcune modifiche interne dell'immobile di proprietà dei coniugi Spitaleri funzionali al cambio di destinazione d'uso dell'immobile da Bar/Ristorante a casa di riposo per anziani.

Interventi questi tutti assentibili con lo strumento dell'autorizzazione e certamente compatibili con la destinazione di zona.

x.3) L'assunto, infine, disvela la manifesta irragionevolezza da cui è viziato il provvedimento impugnato.

Alla luce dei tempi medi di evasione di una pratica edilizia di condono nel nostro paese è impensabile che non sia possibile realizzare alcun intervento edilizio fino al rilascio della concessione edilizia in sanatoria.

Tale circostanza implicherebbe il divieto di eseguire opere di ristrutturazione e finanche il cambio di tubature in immobili costruiti, in alcuni casi, più di trent'anni addietro.

L'assunto è talmente paradossale da palesarsi nella sua manifesta irragionevolezza.

y) Parimenti errato, in punto di fatto, è l'ulteriore assunto posto a fondamento dell'annullamento d'ufficio, a tenore del quale, *nell'autorizzazione edilizia rilasciata il 31.7.2013 con prot. n. 15788, risulta un incremento di superficie utile e di volume rispetto a quanto dichiarato nella pratica di condono edilizio.*

Ciò, a dire dell'Amministrazione, lo si ricaverebbe *dal confronto effettuato fra i grafici allegati alle predette pratiche SUAP n. 646/2005 e n. 640/2005 con i grafici allegati al cambio di destinazione d'uso, data 31.07.2013, prot. n. 15788, dal quale si appalesano incongruenze configurabili in un consistente ampliamento di superficie utile e della relativa volumetria, per il quale non sussisterebbe un titolo edilizio concessorio.*

Al riguardo, premesso che il preteso incremento sussisterebbe con riferimento *a quanto dichiarato nella pratica di condono edilizio*, deve rilevarsi che, nel caso in esame, il confronto, per essere attendibile, avrebbe dovuto essere (e va) effettuato tra i grafici allegati all'istanza di mutamento della destinazione d'uso e realizzazione di opere interne del 16.07.2013 (all. 6), autorizzata con provvedimento n.

15788 del 31.07.2013 (all. 7), e i grafici allegati alle originarie istanze di condono del 2004, come integrate dal dante causa dei ricorrenti con la documentazione prodotta l'1 febbraio 2013 (all. 5) e non già, per come operato e preteso dall'Amministrazione, con quelli allegati alle predette *pratiche SUAP n. 646/2005 e n. 640/2005*.

Ed infatti, tali ultimi grafici, per come appare di intuitiva evidenza, erano funzionali a rappresentare i locali (e solo questi) in cui sarebbe stata svolta l'attività di bar/ristorante.

Trattavasi, quindi, di una rappresentazione dei luoghi limitata a tale scopo (il che incide tanto sull'accuratezza della rappresentazione che sulla sua completezza) e non già al diverso fine del condono edilizio e, quindi, della qualificazione della tipologia dell'abuso soggetto a sanatoria, nonché della consistenza delle relative opere.

y.1) Sul punto, peraltro, nessuna valenza può attribuirsi alle *perplexità* ovvero alle *mere osservazioni* che si leggono nella nota SUAP n. 300 del 13.11.2014 (all. 19), richiamata nella determinazione impugnata, vuoi perché l'autore della stessa nota ha affermato di *non dover e non poter entrare in merito agli atti autorizzativi* ora oggetto di ritiro, vuoi, soprattutto, perché, stando a quello che si legge nel verbale di sopralluogo del 16/12/2014 (all. 20), ogni verifica sulle stesse *perplexità* è rimasta impedita dal fatto che le pratiche di condono presentate dal dante causa dei ricorrenti non sono state rinvenute.

Dal che la palese erroneità ed inattendibilità del raffronto posto a base della determinazione impugnata e l'evidente travisamento dei fatti in cui è incorsa l'Amministrazione nell'adottare la stessa determinazione.

In merito, va anche precisato che i ricorrenti, a mezzo del loro legale di fiducia, hanno richiesto all'Amministrazione, in data 18/08/2017, il rilascio di copia degli atti qui rilevanti (domande di condono dell'anno 2004, con relative planimetrie; verbale di sopralluogo del 13/01/2013; planimetrie allegate alle suddette pratiche SUAP del 2005), ma senza alcun esito; per cui, a tal riguardo, fanno espressa riserva di proporre, se del caso, motivi aggiunti.

y.2) In ogni caso, va detto che il preteso incremento - contrariamente a quanto si legge nella nota SUAP n. 300 del 14.11.2014 - non può essere desunto dal semplice fatto che il dante causa dei ricorrenti, nell'anno 2004, in una delle quattro istanze presentate, abbia auto-qualificato l'abuso, relativo alla tettoia, come appar-

tenente alla *tipologia 4*.

Invero, è noto che la qualificazione degli abusi soggetti a condono edilizio spetta all'Amministrazione in sede di esame delle relative istanze e non già ai richiedenti, i quali, invece, a tal fine, ove non vi abbiano provveduto inizialmente, sono tenuti, su richiesta della stessa Amministrazione, a depositare la documentazione planimetrica e progettuale relativa all'opera abusivamente eseguita, pena l'archiviazione della pratica e/o il rigetto delle istanze stesse.

Per cui, ha errato ancora una volta la resistente Amministrazione a dedurre dalla mera istanza di condono (auto-qualificata come *tipologia 4*) che la tettoia fosse aperta e non idonea a costituire superficie utile.

Infatti, secondo la giurisprudenza, la tettoia comporta una modificazione volumetrica ogni qualvolta sia destinata a soddisfare esigenze durevoli nel tempo con conseguente incremento del godimento dell'immobile (cfr., TAR Lazio, Roma, 08/07/2016 n. 7877).

E, nella specie, per l'appunto, la tettoia di cui si parla, per come descritta nelle planimetrie allegate alla domanda di condono edilizio, oltre ad essere destinata a soddisfare esigenze durevoli nel tempo, è sempre rimasta tale nel tempo, da allora ad oggi.

Dal che l'errore nei presupposti e la sussistenza del vizio di travisamento dei fatti.

y.3) D'altra parte, dall'autorizzazione n. 15788 del 31 luglio 2013 non risulta che sia stato assentito - per come asserito nella determinazione impugnata - un incremento di superficie utile; per cui, la contestazione in esame non refluisce sulla legittimità dell'autorizzazione stessa, diretta solo ad autorizzare i lavori di adeguamento dell'immobile ed il cambio di destinazione d'uso.

Sicché, l'incremento contestato - ove non rientrante nelle opere già oggetto di condono edilizio - riguarderebbe una nuova opera, come tale non costituente presupposto per l'annullamento del titolo che non l'ha autorizzata.

Invero, se effettivamente l'ampliamento non è contemplato in alcun titolo edilizio, sotto quale profilo potrebbe ritenersi illegittimo il titolo edilizio che **non abilita**

l'ampliamento?

Dal che la manifesta irragionevolezza e contraddittorietà della determina impugnata.

x) Ad ulteriore sostegno del disposto annullamento l'amministrazione afferma che non sarebbe stato acquisito il nulla osta della Soprintendenza BB.CC.AA. di Mes-

sina.

L'assunto ancora una volta è del tutto fuori fuoco.

L'autorizzazione edilizia annullata non prevedeva la realizzazione di alcuna opera diretta a modificare l'aspetto esteriore dell'immobile. Nella relazione tecnico illustrativa allegata all'istanza di autorizzazione si legge: *“la richiesta principale della committenza è quella di trasformare l'attuale struttura in presidio R.A.”*, la stessa è volta *“alla realizzazione di opere interne dei due immobili”*.

L'autorizzazione annullata non necessitava quindi di alcun nulla osta preventivo della soprintendenza dal momento che nessuna opera esterna veniva da essa assentita.

Se poi l'amministrazione ritiene necessario il nulla osta in ragione della realizzazione in assenza di titolo abilitativo dell'incremento di superficie utile, le ragioni esposte al punto che precede dimostrano come non vi è stato alcun incremento e che, comunque, questo non incide sulla legittimità dell'autorizzazione che in sé è perfettamente legittima.

z.1) Quanto infine, alla necessità dell'autorizzazione della soprintendenza per l'esame della pratica di condono, il dante causa dei coniugi Spitaleri ed i coniugi stessi hanno più volte richiesto all'amministrazione di inviare gli elaborati grafici alla soprintendenza, da ultimo a seguito di integrazione documentale effettuata il 15.4.2016, affinché esprimesse il parere di rito sulla pratica di condono. Tale adempimento di stretta competenza del Comune non può costituire in assoluto una illegittimità ed ancor meno può integrare l'illegittimità di un'autorizzazione che nulla a che vedere modifiche esterne dell'immobile.

* * * * *

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, i vizi ravvisati dall'Amministrazione in merito all'autorizzazione edilizia del 31 luglio 2013 sono palesemente inesistenti ed originano da un istruttoria del tutto carente; quand'anche avessero ad essere ritenuti sussistenti, non attengono all'atto ritirato; per cui la determinazione impugnata va, comunque, annullata.

* * * * *

A.3.2) Violazione, falsa ed erronea interpretazione ed applicazione dell'art. 21 nonies L. 241/1990 - Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti, carenza di istruttoria, violazione del principio di legalità, violazione del principio di buona fede e correttezza, violazione e falsa interpretazione del

i
a
C
I
i
C
n
n
L
P
L
pl
te
T:
ct

principio di proporzionalità, illogicità manifesta.

Quanto all'annullamento del **certificato di agibilità provvisoria** prot. n. 47 del 17.9.2014, l'Amministrazione ne ha assunto la illegittimità sul rilievo che sarebbe stato concesso *su immobile privo di titolo abilitativo*.

Sul punto, in ragione di quanto anzidetto, va ribadito, in primo luogo, che, nel caso di specie, nessun ampliamento è stato realizzato dai coniugi Spitaleri, né dalla Società ricorrente.

Pertanto, le opere di adeguamento realizzate in forza dell'autorizzazione edilizia n. 15788/2013 legittimavano in ogni caso il rilascio del certificato di agibilità.

In ogni caso, nella remota ipotesi in cui avesse a configurarsi il preteso ampliamento, resta, comunque, il fatto - non posto minimamente in discussione - che la restante (e maggior) parte dell'immobile di cui si parla è del tutto legittimo; per cui il certificato di agibilità già rilasciato non poteva essere annullato.

D'altra parte, secondo la giurisprudenza, per potersi comminare l'annullamento dello stesso certificato non è sufficiente un abuso edilizio qualsiasi, ma occorre che dal provvedimento di annullamento o dagli del procedimento emerga che la porzione di immobile oggetto dell'abuso stesso sia indispensabile per il mantenimento dei requisiti di agibilità (cfr., TAR Napoli Sez. III, 05/09/2017 n. 4250).

Nella specie, un siffatto accertamento manca del tutto; per cui la determinazione impugnata si appalesa illegittima per tutti i vizi in epigrafe indicati.

A.3.3) Violazione e falsa interpretazione dell'art. 21 *nonies* L. 241/90, eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti, violazione del principio di legalità, violazione del principio di buona fede e correttezza, violazione e falsa interpretazione del principio di proporzionalità, illogicità manifesta.

Quanto all'**autorizzazione allo scarico**, l'Amministrazione in tutta la determina n. 152 non è in grado di indicare un solo vizio di legittimità che possa giustificare l'annullamento.

La mancanza anche solo di un riferimento alla presunta illegittimità di tale atto palesa l'assoluta illegittimità dell'annullamento dello stesso.

L'amministrazione non si preoccupa di specificare in che modo l'affermato ampliamento possa incidere sullo scarico fognario che - a tacer d'altro - nemmeno interessa l'area in contestazione.

Tra la documentazione indicata nell'annullata autorizzazione non vi è traccia alcuna degli ulteriori provvedimenti annullati. L'unico atto richiamato è la relazione

tecnica sull'impianto fognario che evidentemente non risulta interessata dalle contestazioni mosse dall'amministrazione nella determina oggetto della presente impugnazione.

Rispetto a tale atto manca, dunque, in radice qualsivoglia illegittimità che non a caso tampoco viene allegata dalla p.a.

A.4) Violazione e falsa interpretazione degli artt. 3 e 21 *nonies* L. 241/90, Violazione e falsa interpretazione dell'art. 97 Cost, Violazione e falsa interpretazione del principio di affidamento e certezza dei valori giuridici, eccesso di potere sotto il profilo della carenza di motivazione e della irragionevolezza manifesta.

In subordine, anche qualora non dovesse ritenersi applicabile il limite temporale dei 18 mesi al caso di specie, il provvedimento di annullamento impugnato sarebbe comunque illegittimo.

L'art. 21 *nonies*, infatti, impone all'amministrazione di individuare l'interesse pubblico attuale e concreto che sorregge l'atto di ritiro e le impone inoltre di comparare tale interesse con quello dei soggetti interessati al mantenimento degli atti da ritirare al fine di salvaguardare il legittimo affidamento da questi prestato sull'operato della pubblica amministrazione.

Nel caso di specie, il Comune di Giardini apertamente dichiara di non aver individuato alcun interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento degli atti ritirati e ritiene di non dover effettuare alcuna comparazione tra gli interessi in gioco in quanto nel caso di annullamento di una concessione edilizia l'interesse pubblico è *in re ipsa* e può identificarsi nel mero ripristino della legalità violata.

Le conclusioni cui giunge l'amministrazione sono errate.

La recente novella legislativa, cui si è fatto cenno nelle pagine che precedono, ha palesato il maggior peso riconosciuto dal legislatore alla certezza ed alla stabilità dei rapporti giuridici. Il legislatore ha mostrato di attribuire maggiore rilevanza all'affidamento prestato dal privato alla legittimità dell'operato della p.a. piuttosto che al mero ripristino della legalità.

Tale tendenza è stata immediatamente recepita dal Giudice amministrativo che all'indomani della modifica legislativa ha messo seriamente in discussione il precedente orientamento che considerava *in re ipsa* l'interesse al ritiro degli atti autorizzativi in materia edilizia.

L'attuale formulazione dell'art. 21 *nonies*, finanche nelle ipotesi in cui lo stesso

non è applicabile *ratione temporis*, ha quindi assunto un sicuro rilievo nella valorizzazione dell'elemento dell'interesse pubblico concreto ed attuale - differente dall'interesse al mero ripristino della legalità - che deve sorreggere l'atto di ritiro. Come ripetutamente affermato in giurisprudenza, *“i provvedimenti di autotutela costituiscono, anche nella materia edilizia, manifestazioni dell'esercizio di una potestà discrezionale e, pertanto, impongono di regola - ossia, fatte salve rare eccezioni connotate dall'esistenza di evidenti esigenze di rispetto di principi fondamentali dell'ordinamento (cfr. TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 9 maggio 2016, n. 152) - che l'Amministrazione dia sufficientemente conto dell'avvenuta comparazione tra l'interesse pubblico all'annullamento e quello del privato alla conservazione dell'atto illegittimo o, ancora, rappresenti adeguatamente la sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino dello status quo ante, tanto più nei casi in cui la posizione del destinatario possa essere considerata oramai consolidata a causa del tempo trascorso, con connessa insorgenza di uno stato di affidamento in capo all'interessato”* (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2902; TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 18 gennaio 2017, n. 77; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 4 gennaio 2017, n. 65);

Da ultimo, tale orientamento è stato confermato anche dal Consiglio di Stato che in fattispecie **analoga** a quella che oggi ci occupa ha affermato che: *“Le esigenze di tutela dell'affidamento dei destinatari di atti ampliativi, in ordine alla stabilità dei titoli e alla certezza degli effetti giuridici da essi prodotti e, appunto per mezzo dell'affidamento, a garanzia della valutazione discrezionale dell'amministrazione nella ricerca del giusto equilibrio tra le esigenze di ripristino della legalità (nel ché si risolve la rimozione di un atto illegittimo) e quelle di conservazione dell'assetto regolativo recato dal provvedimento viziato hanno ricevuto recentemente un ulteriore rafforzamento, per mezzo dell'introduzione, con la legge n. 124 del 2015, della fissazione del termine massimo di diciotto mesi (con una opportuna precisazione quantitativa della nozione elastica della formula lessicale "termine ragionevole"), per l'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici e, quindi, mediante una riconfigurazione del potere di autotutela secondo canoni di legalità più stringenti e maggiormente garantisti per le posizioni private originate da atti ampliativi”* (così C.d.S. n. 341/2017, cfr. ex multis T.A.R. Latina, (Lazio), sez. I, 29/04/2016, n. 288; T.A.R. Sicilia, (Palermo), sez. II, 01/08/2017 n. 2027).

Nel caso di specie l'amministrazione ha violato del tutto il dettato normativo, omettendo di individuare quale sia l'interesse posto a fondamento dell'atto di ritiro. Ancor più illegittimo appare l'operato della p.a. se solo si pensa che l'affidamento prestato dagli odierni ricorrenti è stato nel tempo accresciuto dagli innumerevoli controlli cui la struttura è stata sottoposta senza che mai venisse rilevato alcunché, e dal fatto che gli stessi sono subentrati nella posizione di colui il quale aveva presentato le istanze di condono, confidando quindi sul fatto che tutto quanto esisteva al momento dell'acquisito fosse stato oggetto di quelle istanze.

Anche in termini di obbligo di motivazione, i relevantissimi interessi privati e sociali sottesi allo svolgimento dell'attività di casa di riposo per anziani avrebbero dovuto condurre l'amministrazione verso una più attenta comparazione tra l'interesse al ripristino della legalità e gli altri interessi in gioco.

Come recentemente osservato dal giudice amministrativo, sul punto, *“L'annullamento d'ufficio del permesso di costruire richiede necessariamente un'espressa motivazione in ordine all'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino dello status quo ante, ai sensi dell'art. 21-nonies della l. n. 241/1990, preminente su quello privato alla conservazione del provvedimento, che giustifichi il ricorso al potere di autotutela della p.A., entro un termine ragionevole, non essendo, pure nella materia edilizia, sufficiente l'intento di operare un mero astratto ripristino della legalità violata”*. (così *ex multis* T.A.R. Napoli, (Campania), sez. VI, 03/05/2017, n. 2368; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 20 ottobre 2016 n. 1602; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 24 febbraio 2016 n. 446; T.A.R. Napoli, (Campania), sez. VIII, 24/04/2017, n. 2227)

A.5) Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti, del difetto di istruttoria, Violazione e falsa interpretazione dell'art. 3 L. 241/90 e dell'art. 97 Cost. - Violazione per principio del giusto procedimento.

Il principale argomento dal quale originano tutte le contestazioni formulate nel provvedimento impugnato è rappresentato dal presunto ampliamento della superficie utile e relativa volumetria effettuato in assenza di titolo abilitativo.

In merito, però, è stato già evidenziato che la superficie utile e la volumetria oggetto della domanda di autorizzazione edilizia del luglio 2013 sono identiche a quelle date dalla somma tra superficie e volume assentiti con le originarie concessioni edilizie rilasciate tra il 1974 ed il 1980 e quelli oggetto delle quattro domande di condono nn. 9042, 12279, 28041 e 33410 tutte presentate nel 2004 dal dante

causa dei Coniugi Spitaleri.

La contestazione formulata dall'amministrazione si fonda, invece, sul raffronto tra uno stralcio della planimetria allegata alle suddette pratiche SUAP e la planimetria allegata all'istanza di autorizzazione edilizia del luglio 2013 (**all. 6**).

Sul punto si rileva l'assoluta inadeguatezza dello stralcio planimetrico allegato alle pratiche SUAP a rappresentare lo stato dei luoghi e soprattutto a rappresentare quale tipo di abuso sia stato fatto oggetto della pratica di condono.

A tal fine l'amministrazione avrebbe necessariamente dovuto fare riferimento alla planimetria allegata alla pratica di condono dal Sig. Puglisi, dante causa dei coniugi Spitaleri, dalla quale si evince la consistenza dell'area oggetto di condono.

Da detta planimetria risulta, peraltro, smentito l'assunto sostenuto nelle "*precisazioni*" del S.U.A.P., secondo le quali il dante causa degli odierni ricorrenti non avrebbe fatto oggetto di condono alcuna nuova superficie utile.

In proposito, a smentire lo stesso assunto vale la semplice visione degli elaborati integrativi del condono (**all. 5**) dai quali si evince che sull'area interessata dalla sanatoria sussistevano da sempre: la cucina, due bagni, un deposito, la sala ristorante, la tettoia, tutti ambienti che certamente esistono in quanto chiusi e che quindi necessariamente sono destinati a costituire superficie utile.

Nel caso di specie, piuttosto che fare riferimento alla planimetria allegata all'istanza di condono, l'amministrazione ha inspiegabilmente assunto le proprie determinazioni sulla scorta di quanto desunto dal funzionario preposto allo S.U.A.P. (ufficio privo di competenze specifiche, il quale ha formulato le proprie perplessità senza avere a disposizione l'unica documentazione idonea al confronto).

Il difetto d'istruttoria appare ancor più evidente alla luce delle risultanze istruttorie contenute nella relazione UTC prot. n. 4452 del 16.12.2014 (**all. 20**).

A seguito di ispezione dei luoghi, infatti, gli istruttori hanno riscontrato solo delle *lievi modifiche interne ed esterne, consistenti nello spostamento di alcune aperture* e, dunque, la sostanziale congruità delle opere eseguite agli elaborati progettuali depositati in allegato all'istanza di autorizzazione edilizia (**all. 6**), tant'è che l'atto di ritiro non è fondato su tali lievi modifiche.

Per contro, quanto al presunto ampliamento della superficie e del volume, rispetto alle suddette domande di condono, gli istruttori non hanno accertato alcunché, in quanto le relative pratiche *non sono state trovate*.

Per cui, anche tale ulteriore accertamento, in difetto del necessario ed indispensa-

bile raffronto, tra le planimetrie delle istanze di condono e quelle allegate alla domanda di autorizzazione del luglio 2013, si palesa carente ed inconducente, ai fini di cui trattasi, non potendo, peraltro, all'uopo, valere, per quanto già più sopra detto, le perplessità sollevate dalla nota SUAP n. 300 del 13.11.2014 (**all. 19**), invece, richiamata dagli stessi istruttori e sbrigativamente e senza alcun vaglio fatta propria dai medesimi.

Invero, per stabilire se v'era stato un ampliamento dell'immobile, rispetto alle pratiche di condono edilizio non rinvenute, s'imponeva, quantomeno, una ulteriore ricerca delle stesse pratiche e/o la loro ricostruzione (se del caso, anche mediante nuovo invito all'interessato di produrle), non potendo l'accertamento stesso fondarsi su dati parziali (planimetria descrittiva del solo ristorante) ed occorrendo, invece, riferirsi allo specifico termine di raffronto in relazione al quale l'incremento di superficie e volumetrico è stato configurato e posto a base della illegittima determinazione impugnata.

A tanto, peraltro, sarebbe stata sufficiente la planimetria che, su richiesta dell'Amministrazione, il dante causa dei ricorrenti ha prodotto l'1 febbraio 2013, al precipuo scopo di rappresentare gli abusi oggetto di condono.

Tale planimetria, inoltre, è stata presa a riferimento dai ricorrenti per richiedere, nel luglio dello stesso anno, l'autorizzazione n. 15788/2013 ora oggetto di ritiro.

Ma, a quanto pare, anche detta planimetria (che i ricorrenti producono in atti - **all. 5**) non è stata rinvenuta agli atti dell'Amministrazione resistente, per fatto e colpa non imputabili certamente ai ricorrenti.

Pertanto, l'effetto che ne deriva è quello che la determinazione impugnata è stata basata, oltre che su una istruttoria del tutto carente, anche su un preteso ampliamento di superficie e volume del tutto inesistente.

Infatti, a dimostrare il contrario soccorre, ampiamente, già la sola integrazione documentale prodotta dal dante causa dei ricorrenti l'1 febbraio 2013.

Dal che la violazione anche del principio del giusto procedimento, posto che l'Amministrazione, col proprio illegittimo operato (smarrimento delle pratiche di condono), ha precluso ai ricorrenti la possibilità di far valere, già in via amministrativa, i propri diritti, mediante il necessario raffronto tra le planimetrie in questa sede rilevanti.

Violazione questa resa ancor più evidente dal fatto che si tratta di documenti non prodotti dagli stessi ricorrenti e che l'Amministrazione ha l'obbligo di custodire,

quanto meno fino a quando l'istanza di condono non sarà definitiva.

Dal che la sussistenza dei vizi sopra elencati.

* * * * *

B) sulla ordinanza di demolizione n. 11 del 12 luglio 2017

Con ordinanza di demolizione n. 11 del 12 luglio 2017 l'amministrazione ha intimato agli odierni ricorrenti, ognuno per quanto di propria competenza, la demolizione e la remissione in pristino della porzione di immobile asseritamente realizzata in assenza di titolo abilitativo.

Anche il suddetto provvedimento è palesemente illegittimo.

b.1) illegittimità derivata

Nei superiori motivi di ricorso si è dimostrata l'assoluta erroneità dell'assunto sostenuto dall'amministrazione, secondo la quale sarebbe stato realizzato un incremento della superficie utile in assenza di titolo abilitativo.

In particolare, si è data prova dell'inesistenza di qualsivoglia ampliamento illegittimo e della illegittimità dell'operato della p.a. sotto il profilo del difetto di istruttoria e del travisamento dei fatti.

I motivi di ricorso qui richiamati e già sopra esposti refluiscono sull'ordinanza impugnata, la quale, pertanto, dovrà essere anch'essa annullata per gli stessi vizi che inficiano la legittimità della determina n° 152 del 2 maggio 2017.

b.2) Eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà, violazione degli artt. 35 comma 1 e 38 L. 47/85, Violazione dell'art. 97 Cost.

Come si è ampiamente dimostrato nei superiori motivi di ricorso e come si evince chiaramente dal raffronto tra la planimetria allegata alla pratica di condono (integrazione dell'1 febbraio 2013) e quella allegata all'istanza di rilascio di autorizzazione edilizia, le opere per le quali è stata disposta la demolizione sono le stesse oggetto della domanda di condono.

Come noto non può essere disposta la demolizione delle opere che formano oggetto della domanda di condono senza che sia stata rigettata tale ultima istanza.

“L'ordine di demolizione di un'opera abusiva, adottato in pendenza di una istanza di condono edilizio, è illegittimo perché in contrasto con l'art. 38, l. n. 47 del 1985, il cui disposto impone all'Amministrazione di astenersi, sino alla definizione del procedimento attivato per il rilascio della concessione in sanatoria, da ogni iniziativa repressiva che vanificherebbe a priori il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria. In altri termini, risulta in evidente che, in seguito all'inoltro di

una domanda di condono, diretta a regolarizzare un abuso edilizio, sussiste l'obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi previamente - ossia, prima di impartire misure repressive dell'abuso stesso - sulla condonabilità o meno dell'opera edilizia abusiva oggetto della domanda in questione mediante, peraltro, l'adozione di un provvedimento espresso, in linea con il disposto dell'art. 35 comma 1, l. n. 47 del 1985, il quale - imponendo la notificazione del diniego al richiedente - chiaramente esclude qualsiasi possibilità di configurare un eventuale provvedimento di demolizione in termini di implicito rigetto della domanda di condono" (così T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 02/03/2017, n. 3060).

b.3) Violazione e falsa interpretazione dell'art. 97 Cost., art. 3 della l. n. 241 del 1990, art. 33 d. P.R. n. 380 del 2001, art. 20 l.r. n. 71 del 1978

L'ordinanza di demolizione adottata dall'amministrazione interviene su una parte dell'immobile che gli odierni ricorrenti sin da quando sono diventati proprietari dell'immobile hanno conosciuto nello stato in cui si trovava prima dei lavori di ristrutturazione interni effettuati tra il 2013 e il 2014 in forza dell'autorizzazione edilizia n. 15788.

Questi dunque hanno prestato nella legittima consistenza della costruzione un notevole e qualificato affidamento, ulteriormente accresciuto dai controlli effettuati dall'amministrazione e dalle ispezioni disposte anche nell'ambito della domanda di condono.

Tali circostanza avrebbero dovuto imporre all'amministrazione un obbligo di motivazione aggravato circa le ragioni di interesse pubblico che soggiacciono alla demolizione del manufatto.

Sul punto, in un caso del tutto analogo, il C.G.A., di recente, ha avuto modo di osservare che: *"La circostanza che il destinatario dell'ingiunzione alla demolizione sia certamente diverso dall'autore dell'abuso, per aver egli acquistato il fabbricato in epoca successiva al suo completamento impone all'Amministrazione un onere motivazionale aggravato, che tenga conto del lungo tempo trascorso tra i fatti e l'adozione del provvedimento ripristinatorio e del legittimo affidamento formatosi nell'utilizzatore attuale del fabbricato, in considerazione peraltro di eventuali atti di implicito assenso dell'Amministrazione all'uso dell'immobile nella sua attuale conformazione e destinazione"* (così Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 17/02/2017, n. 55)

b.4) Violazione e falsa interpretazione dell'artt. 33 e 34 del D.P.R. n. 380/2001

e dell'art. 3 L. n. 241/90.

In estremo subordine, nella denegata ipotesi in cui dovesse ritenersi legittimo l'operato dell'amministrazione, e quindi realizzata abusivamente la porzione di fabbricato in contestazione, si evidenzia che il provvedimento dell'Amministrazione si pone in aperto contrasto con quanto disposto dagli art. 33 e 34 citati, ai rispettivi commi secondi.

Tali disposizioni, in presenza di abusi non rimuovibili senza pregiudizio per le parti assentite legittimamente, impongono all'amministrazione l'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

Nel caso di specie, la rimozione della porzione di fabbricato asseritamente realizzata in ampliamento senza titolo abilitativo inciderebbe necessariamente sulla restante parte del fabbricato della quale l'amministrazione ha autorizzato la legittima edificazione.

Nel caso di specie il tecnico comunale ha omesso di verificare le conseguenze della demolizione violando così quanto disposto dalle norme richiamate in epigrafe.

Per le stesse ragioni il provvedimento è altresì viziato sotto il profilo del difetto di motivazione.

Domanda risarcitoria

1) Sull'illegittimità dei provvedimenti impugnati

L'illegittimità dei provvedimenti impugnati emerge dalle censure mosse col presente ricorso, nonché dai fatti esposti in premessa.

2) Sull'elemento soggettivo

Nel caso di specie, è quantomeno colposo l'operato dell'amministrazione comunale, la quale ha disposto l'annullamento in autotutela di provvedimenti evidentemente connessi all'attività d'impresa ben oltre il limite oggettivo temporale di 18 mesi.

Il Comune è, quindi, incorso in una violazione grave e manifesta del diritto obiettivo, ha posto in essere atti e comportamenti idonei a violare le regole di imparzialità, correttezza e di buona amministrazione, integrando la c.d. colpa d'apparato. Essa non ha valutato in modo imparziale gli interessi di cui erano portatori le parti ricorrenti.

Quanto al principio di buon andamento, la scelta operata dall'amministrazione non può certo considerarsi né adeguata né conveniente, poiché diretta, nella sostanza, a bloccare la prosecuzione di un'attività d'impresa, pur non ricorrendone i

presupposti sostanziali o altre ragioni di interesse pubblico.

In ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo militano, nel caso di specie, tutti gli elementi sintomatici individuati dalla giurisprudenza: era chiarissima la normativa applicabile (connessa a un dato oggettivo), così come era limitato il potere discrezionale che l'amministrazione avrebbe potuto esercitare.

Peraltro, per rendersi della illegittimità del provvedimento di ritiro e di quello di demolizione, anziché invocare precedenti del tutto inconferenti, era sufficiente avere riguardo alla giurisprudenza sopra richiamata.

3) Sul nesso causale

Il danno di cui si chiede il risarcimento, avuto riguardo al concreto effetto prodotto dagli illegittimi atti impugnati, discende dalla interruzione dell'attività d'impresa in termini di lucro cessante, dai costi che la società dovrà sopportare per ricollocare gli anziani ospitati (danno emergente), dalle eventuali azioni risarcitorie alle quali si espone (danno emergente) da parte degli ospiti della casa, dalla perdita dell'avviamento e dalla definitiva demolizione dell'immagine della casa di riposo. Quanto ai danni subiti dai proprietari del bene questi vanno quantificati nel costo dei lavori di adeguamento della struttura sostenuti nella piena consapevolezza della legittimità degli atti autorizzativi rilasciati dal comune.

4) Sulla quantificazione del danno

Sono ingentissimi i danni che i ricorrenti subirebbero dall'interruzione dell'attività d'impresa e dalla demolizione del manufatto, che si quantificano oggi in via forfettaria, con riserva di una piena dimostrazione e quantificazione analitica, in Euro 1.150.000,00= (unmilione centocinquanta/00).

A) Quanto al danno emergente dovranno essere risarcite alla Società ricorrente tutte le spese sostenute per la ricollocazione degli anziani pari ad Euro 50.000, quelle per la perdita dell'avviamento pari ad Euro 100.000, oltre quelle che eventualmente dovranno sostenersi a seguito di azioni risarcitorie intentate dagli ospiti (oggi non quantificabili).

B) Quanto al lucro cessante, è del tutto evidente che l'interruzione dell'attività di casa di riposo per anziani implica la perdita delle rette versate dagli ospiti.

Attualmente la casa di cura ospita 25 anziani, ciascuno dei quali versa alla struttura una retta media di mille Euro al mese. Ogni mese di mancata attività produce alla ricorrente un danno di 25.000 euro.

Inoltre l'esecuzione dei provvedimenti impugnati è idonea a distruggere per sem-

pre l'immagine della società ricorrente e della struttura compromettendo per sempre il suo futuro.

L'ammontare dei danni sopra menzionati - che può essere rideterminato in via equitativa da parte di codesto On.le Tribunale - si quantifica per difetto in €uro 1.000.000=.

Domanda cautelare

Sul *fumus*: il *fumus* richiesto per la concessione della misura cautelare risulta evidente dai superiori motivi di ricorso..

Sul *periculum in mora*: il pregiudizio grave ed irreparabile discende dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati, e in particolar modo dall'annullamento del certificato di agibilità provvisoria e dell'autorizzazione allo scarico.

I ricorrenti sono già stati sanzionati in modo pesante dalla polizia locale che ha contestato loro l'utilizzo di una struttura priva di agibilità e lo scarico di acque nere in assenza di autorizzazione (**all. 21**).

Il provvedimento di annullamento d'ufficio ed in particolare il ritiro dell'agibilità e dell'autorizzazione allo scarico impongono al ricorrente la chiusura della struttura con un enorme pregiudizio, tanto sotto il profilo economico che sotto quello dell'immagine.

Ma ciò che è ancor più grave è che da tale chiusura sorgerebbe l'impellente necessità di ricollocare presso altre strutture gli anziani ospiti della casa di riposo.

Alcuni dei quali versano in difficili condizioni di salute, mentre tutti si sono ormai ambientati in una struttura dotata di tutti i confort e collocata in una posizione centrale che permette anche ai congiunti una costante assistenza morale dei propri cari.

Ogni tentativo di ricollocamento esporrebbe la ricorrente società ed a catena i Comuni Spitaleri a probabili e numerose azioni risarcitorie, ma ciò che è peggio metterebbe in serio pericolo la salute psico-fisica degli anziani ospiti.

Come noto gli anziani, al pari dei bambini, interagiscono in modo simbiotico con l'ambiente che li circonda e sono particolarmente refrattari ai cambiamenti di abitudini che possono ripercuotersi in modo seriamente negativo sulla loro esistenza.

Se per un verso i ricorrenti non possono provvedere alla ricollocazione degli anziani se non assumendone i rischi connessi di cui si è detto, la prosecuzione dell'attività - in assenza di un provvedimento cautelare da parte di codesto On.le Tribunale che sospenda gli effetti dell'annullamento dell'agibilità e dell'autorizza-

zione allo scarico - espone ogni giorno la società ricorrente ad enormi rischi sul piano risarcitorio e della responsabilità penale.

A fronte di tali pregiudizi, che coinvolgono finanche diritti costituzionalmente garantiti degli ospiti della struttura, non vi è alcun interesse pubblico che esiga una immediata e preminente esecuzione dei provvedimenti impugnati. Nella comparazione degli interessi in gioco deve quindi considerarsi preminente l'interesse dei ricorrenti e per essi dei loro anziani ospiti alla prosecuzione dell'attività (sulla comparazione tra interessi cfr. ex multis T.A.R. Sicilia, Catania, ord. n. 242/2014)

Per tutto quanto sopra dedotto si

CHIEDE

Che l'On.le Tribunale adito disattesa ogni contraria istanza ed eccezione voglia disporre, previa sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati, o l'adozione della misura cautelare altrimenti ritenuta idonea:

a) L'annullamento, **previa concessione della misura cautelare ritenuta più idonea a soddisfare l'interesse dei ricorrenti**, dei provvedimenti impugnati indicati in epigrafe ed in particolare:

- della determina dirigenziale n. 152 del 2 maggio 2017, meglio in epigrafe indicata;
- della ordinanza n. 11 del 12.7.2017, meglio specificata in epigrafe;
- di tutti gli altri atti presupposti e/o comunque oggetto di censura nel corso dell'atto.

b) la condanna del Comune di Giardini Naxos al pagamento a titolo di risarcimento del danno della somma di €uro 1.150.000,00= (unmilione/centocinquanta/00), come sopra specificata e quantificata.

In alternativa, la condanna del Comune di Giardini Naxos al pagamento a titolo di risarcimento del danno della somma diversamente determinata in misura minore o maggiore da codesto On.le Tribunale dopo l'espletamento di una C.T.U.

Con vittoria di spese e compensi di difesa.

Si producono i seguenti atti e documenti:

- 1) Determina dirigenziale n. 152 del 2 maggio 2017;
- 2) Ordinanza n. 11 del 12.7.2017;
- 3) Certificato di agibilità provvisoria n° 646 dell'11.03.2005;
- 4) Nota prot. n. 24807 del 21.12.2012;

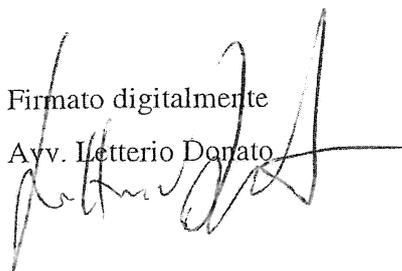
- 5) Documentazione integrativa prodotta dal Sig. Antonio Puglisi ai fini del condono edilizio;
- 6) Istanza per cambio destinazione d'uso e autorizzazione opere interne;
- 7) Provvedimento n. 15788 del 31 luglio 2013;
- 8) Autorizzazione agibilità provvisoria n° 47 del 17 settembre 2013;
- 9) Autorizzazione allo scarico prot. n. 18262 del 24 settembre 2014;
- 10) SCIA del 23 ottobre 2014;
- 11) Integrazione SCIA del 17 novembre 2014 ;
- 12) Nota prot. n. 3919 del 24 febbraio 2016;
- 13) Memoria del 10 marzo 2016;
- 14) Nota del 13 ottobre 2016 prot. n. 18208;
- 15) Memoria del 27 ottobre 2016;
- 16) Nota prot. n. 1437 del 18 gennaio 2017;
- 17) Riscontro dell' 1 marzo 2017;
- 18) Provvedimento n. 13 del 5 maggio 2017;
- 19) Nota SUAP n. 330 del 13 novembre 2014;
- 20) Verbale di sopralluogo prot. n. 4452 del 16 dicembre 2014.
- 21) n. 2 Verbali accertamento dell' 11 luglio 2017.

* * * * *

Ai fini del contributo unificato si dichiara che il presente ricorso paga il contributo nella misura fissa di euro 650,00.

Messina, 19 settembre 2017

Firmato digitalmente
Avv. Letterio Dorato



AVV. LETTERIO DONATO

8123 Messina - Via Cesario n. 29 - Tel. 0909430487, Fax 0909430280 -

pec: leliodonato@pec.giuffre.it

PROCURA AD LITEM

Il sottoscritto Giovanni Spitaleri n.q. di Legale rappresentante della s.n.c. F.LLI SPitaleri Giovanni e Alice (P.IVA 03290570831) con sede legale in Giardini Naxos (ME), Via Jannuzzo n. 14 delego a rappresentare e difendere la Società, nella proponenda azione per l'annullamento della determina n. 152 del 2 maggio 2017 e dell'ordinanza di demolizione e remissione in pristino n. 11 del 12.7.2017 adottate dal Comune di Giardini Naxos di cui al presente Ricorso e fasi successive anche di reclamo, opposizione, esecuzione e/o riassunzione, impugnazione conferendo all'uopo ogni più ampia facoltà di legge comprese quelle di chiamare terzi in causa, proporre domande riconvenzionali, proporre ricorso per motivi aggiunti, transigere, rinunciare agli atti del giudizio, quietanzare, incassare somme, riassumere il giudizio, proporre appello e/o impugnazioni in genere e/ difendermi nelle stesse, nominare difensori in sostituzione e consulenti tecnici, l'Avv. Letterio Donato [C.F. DNTLTR83C01F158C - PEC leliodonato@pec.giuffre.it].

Dichiariamo di essere stati informati, in ossequio a quanto previsto dall'art. 4, 3° comma del D.lgs., 4 marzo 2010, n. 28:

1. della facoltà di esperire il procedimento di mediazione, nonché in determinati procedimenti dell'obbligo di utilizzare il procedimento di mediazione previsto dal D.lgs. sopra indicato;
2. della possibilità, qualora ne ricorrano le condizioni, di avvalersi del gratuito patrocinio a spese dello Stato per la gestione del procedimento;

Avendo ricevuto le informazioni di cui D.Lgs. n. 196/2003, autorizziamo il trattamento e la diffusione dei dati personali, anche sensibili, per le finalità inerenti lo svolgimento del presente mandato.

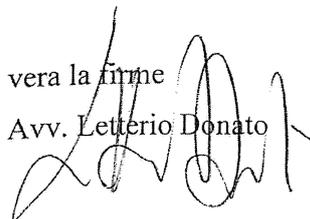
Dando, sin da ora per rato e fermo il Suo operato.

Messina, 27 luglio 2017

Firme

F.LLI SPITALERI
di Spitaleri Giovanni e Alice s.n.c.
Via Jannuzzo, 14
Giardini - Naxos (ME)
Partita Iva 03290570831

vera la firma
Avv. Letterio Donato



AVV. LETTERIO DONATO

8123 Messina - Via Cesario n. 29 - Tel. 0909430487, Fax 0909430280 -

pec: leliodonato@pec.giuffre.it

PROCURA AD LITEM

Noi sottoscritti Francesco Spitaleri nato a Roccella Valdemone il 9.2.1956 (C.F.: SPTFNC56B09H455M) e residente in Giardini Naxos (ME), Via Marsala n° 11 e Salvatrice Crifò nata a Catania il 15.07.1964 (C.F.: CRFSVT64L55C351H) e residente in Roccella Valdemone (ME), Via San Biagio Cuba n° 6 deleghiamo a rappresentarci e difenderci, nella proponenda azione per l'annullamento della determina n. 152 del 2 maggio 2017 e dell'ordinanza di demolizione e remissione in pristino n. 11 del 12.7.2017 adottate dal Comune di Giardini Naxos di cui al presente Ricorso e fasi successive anche di reclamo, opposizione, esecuzione e/o riassunzione, impugnazione conferendo all'uopo ogni più ampia facoltà di legge comprese quelle di chiamare terzi in causa, proporre domande riconvenzionali, proporre ricorso per motivi aggiunti, transigere, rinunciare agli atti del giudizio, quietanzare, incassare somme, riassumere il giudizio, proporre appello e/o impugnazioni in genere e/ difendermi nelle stesse, nominare difensori in sostituzione e consulenti tecnici, l'Avv. Letterio Donato [C.F. DNTLTR83C01F158C - PEC leliodonato@pec.giuffre.it].

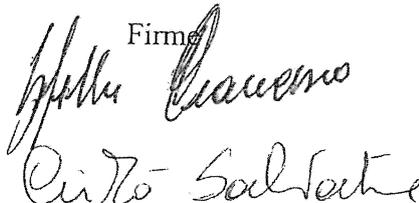
Dichiariamo di essere stati informati, in ossequio a quanto previsto dall'art. 4, 3° comma del D.lgs., 4 marzo 2010, n. 28:

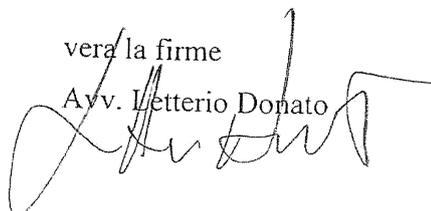
1. della facoltà di esperire il procedimento di mediazione, nonché in determinati procedimenti dell'obbligo di utilizzare il procedimento di mediazione previsto dal D.lgs. sopra indicato;
2. della possibilità, qualora ne ricorrano le condizioni, di avvalersi del gratuito patrocinio a spese dello Stato per la gestione del procedimento;

Avendo ricevuto le informazioni di cui D.Lgs. n. 196/2003, autorizziamo il trattamento e la diffusione dei dati personali, anche sensibili, per le finalità inerenti lo svolgimento del presente mandato.

Dando, sin da ora per rato e fermo il Suo operato.

Messina, 27 luglio 2017

Firma


vera la firme
Avv. Letterio Donato


RELATA DI NOTIFICA

Il sottoscritto Avv. Letterio Donato, con studio in Messina, Via Centonze n. 87, in qualità di rappresentante e difensore dei Sig.ri Francesco Spitaleri (cf. SPTFNC56B09H455M), Salvatrice Crifò (Cf. CRFSVT64L55C351H) e la ditta F.lli Spitaleri di Spitaleri Giovanni e Alice s.n.c., con sede legale in Giardini Naxos, Via Jannuzzo 14 (P.Iva. 030290570831), debitamente autorizzato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Messina con delibera datata 17 aprile 2015 n° 154, ha oggi notificato ai sensi della Legge 21 gennaio 1994 n. 53 il suesteso ricorso per motivi aggiunti mediante spedizione di copia conforme all'originale a:

Cron. n. 36

al Comune di Giardini Naxos, in persona del Sindaco p.t., presso la Casa Comunale, Piazza Abate Cacciola Snc - 98035 Giardini-Naxos. (ME), a mezzo servizio postale tramite racc.ta ta A.R. n. 76345551428-5, spedita dall'Ufficio postale di Messina Ag. N.5.

Messina, 19.9.2017

Avv. Letterio Donato



A handwritten signature in black ink, appearing to read "Letterio Donato".