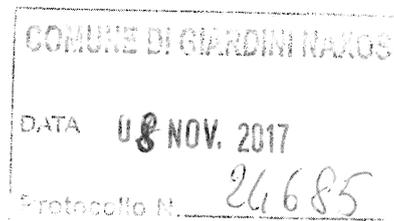


AU - L

Letterio Donato

√ = donato letterio
= non presente
= IT

CONSIGLIO REGIONALE
PER LA SICILIA – SEZIONE DISTACCATA DI CATANIA



Ricorso per motivi aggiunti ex art. 43 c.p.a.

nel ricorso rg. n. 1684/2017

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 al ricorso principale, 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. 40 del 21 settembre 2017 comunicata il 17.10.2017 (all. 1 R. Motivi Aggiunti), con la quale il Comune di Giardini Naxos ha annullato in autotutela l'autorizzazione SUAP n. 13 del 5.5.17

- dell'Autorizzazione all'esercizio dell'attività n. 13 del 5 maggio 2017 (all. 2 M.A.) recante l'autorizzazione ex art. 86 del T.U.L.P.S. per l'esercizio della struttura residenziale per anziani denominata "Casa Spitaleri", questa nella misura in cui si sostituisce all'assenso tacito formatosi sulla SCIA presentata dai ricorrenti in data 24.10.2013.

* * * * *

Premessa:

Con ricorso principale i coniugi Francesco Spitaleri e Salvatrice Crifò e la ditta F.lli Spitaleri di Spitaleri Giovanni e Alice s.n.c. impugnavano:

- la determina dirigenziale n. 152 del 2 maggio 2017 con la quale il Comune di Giardini Naxos annullava 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;

- l'ordinanza n. 11 del 12.7.2017 con la quale il Comune di Giardini Naxos in- giungeva 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;

Frattanto, l'amministrazione che in data 5 maggio 2017 (**all. 2 M.A.**), sulla base della SCIA presentata circa tre anni prima, aveva rilasciato alla società ricor- rente l'autorizzazione ex art. 86 del T.U.L.P.S. per l'esercizio nell'immobile og- getto di causa dell'attività di residenza per anziani, e che nell'agosto del 2017 aveva comunicato l'avvio del procedimento per l'annullamento della stessa auto- rizzazione, con determina del 21.9.2017 notificato ai ricorrenti solo il 17.10.2017 procedeva all'adozione dell'atto di ritiro.

L'annullava in autotutela dell'autorizzazione SUAP n. 13 rilasciata il 5.5.2017 per l'esercizio della struttura residenziale privata per anziani è atto con- nesso al procedimento di annullamento d'ufficio delle autorizzazioni di cui alla determina 152.

L'autorizzazione all'esercizio dell'attività viene, infatti, annullata quale di- retta ed immediata conseguenza del venir meno delle ulteriori autorizzazioni riti- rate con l'atto impugnato con ricorso principale.

Avverso tale ultimo provvedimento, anch'esso del tutto illegittimo, i ricor- renti intendono proporre ricorso per motivi aggiunti affidato ai seguenti motivi di

Diritto

I

Illegittimità derivata

L'amministrazione pone a fondamento della determina di annullamento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività, il provvedimento di annullamento d'ufficio con il quale sono stati annullati gli atti autorizzatori relativi alla struttura sita in viale Jannuzzo 14.

In primo luogo l'annullamento disposto con determina dirigenziale n. 40 del 2017 oggetto del presente ricorso è viziato per illegittimità derivata, in quanto si fonda su provvedimenti a loro volta viziati sotto svariati profili.

Si riportano qui di seguito i motivi di ricorso proposti nei confronti della determi- na n. 152.

"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 R.P.) 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 R.P.) e prodotta l'1 febbraio 2013 (all. 5 R.P.).

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 precarie-

tà 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 R.P.), autorizzata con provvedimento n. 15788 del 31.07.2013 (all. 7 R.P.), 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 R.P.) 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 perplessità ovvero alle mere osservazioni che si leggono nella nota SUAP n. 300 del 13.11.2014 (all. 19 R.P.), 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 R.P.), ogni verifica sulle stesse perplessità 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 appartenente 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 allegata 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 Messina.

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 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 ca-so 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 giustificarne 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 *analogu* 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 prestatosi 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 R.P.).

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 R.P.) 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 R.P.).

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 R.P.), 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 indispensabile raffronto, tra le planimetrie delle istanze di condono e quelle allegate alla domanda di autorizzazione del luglio 2013, si palesa carente ed inconducibile, 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 R.P.), 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'imponesse, 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 R.P.) 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 definita.

Dal che la sussistenza dei vizi sopra elencati".

II

Violazione e falsa interpretazione dell'art. 21 *nonies* e 19 della L. 241/90, eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento di potere, violazione del principio di affidamento

A) A prescindere dall'illegittimità derivata, la determinazione dirigenziale n. 40/2017 è comunque illegittima per le ragioni che seguono.

Nelle premesse del ricorso principale si è ampiamente rappresentato come la società ricorrente svolga da oltre tre anni l'attività di casa di riposo per anziani sulla base della SCIA notificata all'amministrazione nel novembre 2014.

L'annullamento dell'autorizzazione a svolgere l'attività, quindi, ancorché incida direttamente sull'autorizzazione rilasciata in modo espresso solo il 5.5.2017, sotto il profilo effettuale, finisce per travolgere gli effetti che la SCIA produce da oltre tre anni.

Osta dunque alla rimozione dell'autorizzazione, e quindi degli effetti che - già dal novembre 2014 - vengono prodotti dalla SCIA presentata dalla società ricorrente, il limite temporale di diciotto mesi individuato dal legislatore all'art. 21 *nonies* L. 241/90 espressamente richiamato dall'art. 19 comma 4.

Orbene, l'art. 19 al comma 3 prevede che in caso di attività "autoassentita" l'amministrazione "accertata la carenza dei requisiti e dei presupposti...nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione...adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività".

L'art. 19 comma 4 disciplina, invece, l'ipotesi nella quale il termine di sessanta giorni da ricevimento della segnalazione sia ormai trascorso, prevedendo che in questo caso l'amministrazione possa comunque adottare i provvedimenti previsti dal comma 3 "in presenza delle condizioni previste dall'art. 21 *nonies*".

Il dato testuale, impone quindi all'Amministrazione di adottare provvedimenti inibitori dell'esercizio dell'attività se ed in quanto ricorrono le condizioni che, in presenza di un provvedimento espresso legittimano l'esercizio dei poteri di autotutela.

L'art. 19 comma 3 e l'art. 21 *nonies* hanno quale tratto comune quello della rimozione degli effetti negativi prodotti dall'atto (art. 21 *nonies*) o l'attività (art. 19) illegittimi.

In questo caso, l'amministrazione ha, solo formalmente, annullato un provvedimento espresso di autorizzazione (l'autorizzazione SUAP n. 13 del 5.5.17) rimuovendo nei fatti gli effetti prodotti dalla SCIA presentata nel novembre del 2014.

Per tale ragione, la valutazione sull'esistenza delle condizioni di cui all'art. 21 *nonies*, legittimanti un provvedimento di annullamento, avrebbero dovuto essere valutate in relazione agli effetti prodotti dalla SCIA e non già al provvedimento.

La *ratio* sottesa alle due disposizioni normative è, infatti, quella di garantire la stabilità degli effetti prodotti dalla segnalazione, o dal provvedimento, in ragione dell'affidamento prestato dal cittadino e non già quella di tutelare la stabilità della segnalazione o del provvedimento in quanto tali.

Nel caso di specie, l'autorizzazione espressa rilasciata dal SUAP il 5.5.2017 non ha innovato sul piano effettuale la posizione della ricorrente rispetto agli effetti già prodotti, e consolidatisi, in conseguenza della SCIA, dunque, nel valutare la sussistenza dei presupposti normativamente previsti per poter incidere sull'affidamento prestato dalla ricorrente l'Amministrazione avrebbe dovuto computare il termine limite dei diciotto mesi dal consolidamento degli effetti della SCIA e non già dal termine di adozione dell'autorizzazione espressa.

Ogni differente interpretazione della fattispecie si tradurrebbe in una chiara elusione del dettato normativo di cui all'art. 19 comma 4 L. 241/90. Per eludere il meccanismo ivi previsto, infatti, sarebbe sufficiente per l'amministrazione adottare un provvedimento espresso e dopo qualche tempo provvedere alla sua rimozione.

Nel caso di specie l'Amministrazione dopo oltre tre anni dalla presentazione della SCIA, quando già era stata adottata la determina n. 152/2017 del 2.5.2017, il 5.5.2017 ha adottato un provvedimento di autorizzazione espressa avente i medesimi effetti giuridici della segnalazione e dopo qualche mese ha annullato tale ultima determinazione, eludendo così il termine limite individuato dall'art. 19 comma 4 attraverso il richiamo all'art. 21 *nonies*.

Il provvedimento impugnato viola l'art. 21 *nonies* in quanto elimina gli effetti prodotti dalla SCIA oltre il termine di diciotto mesi previsto dalla disposizione in parola.

B) Qualora l'On.le Tribunale adito ritenesse di non poter accedere all'interpretazione sopra formulata in ordine alla violazione *tout court* delle disposizioni contenute agli artt. 19 c. 4 e 21 *nonies*, al fine di evitare l'effetto distorsivo connesso all'adozione del provvedimento di autorizzazione espresso di cui alla determina n. 13 del 5.5.2017, nei limiti dell'interesse, e quindi nella misura in cui l'autorizzazione espressa dovesse sostituire e travolgere gli effetti già prodotti dalla SCIA, tale impugnazione è rivolta anche nei confronti di quest'ultima autorizzazione, che solo formalmente può ritenersi provvedimento favorevole per la ricorrente.

È evidente, infatti, che l'amministrazione con il rilascio dell'autorizzazione espressa all'esercizio dell'attività abbia inteso perseguire finalità differenti da

quelle per il perseguimento delle quali la norma consente l'adozione dell'atto autorizzatorio espresso.

I provvedimenti autorizzatori hanno, infatti, quale scopo quello di rimuovere i limiti posti dalla legge all'esercizio di una preesistente situazione di vantaggio e nel caso delle attività autoassentite la rimozione di tali limiti è connessa alla oggettiva sussistenza di condizioni predefinite dalla legge.

L'autorizzazione espressa, non può quindi rimuovere – tardivamente – un limite già rimosso *ex se* in ragione della segnalazione del privato, e ciò non può fare a maggior ragione quanto l'atto espresso ha quale unico fine quello di fare nuovamente decorrere i termini d'intervento della p.a.

Di ciò è chiaro indice la circostanza che l'amministrazione autorizza in modo espresso l'esercizio dell'attività imprenditoriale dopo appena due giorni dall'adozione della determina n. 152/17 con la quale lo stesso Comune aveva appena annullamento in autotutela i provvedimenti autorizzatori connessi all'esercizio della medesima attività.

Emerge chiaramente come l'amministrazione abbia agito sviando, in assoluto, il potere attribuitole dalla legge e perseguendo attraverso il suo esercizio un aggiramento dei limiti normativamente previsti per l'esercizio dello *ius poenitendi* rispetto agli effetti della SCIA.

La ricorrente, nei limiti e per le ragioni sopra specificate, ha interesse all'annullamento dell'autorizzazione espressa ed in ragione di ciò del provvedimento di ritiro di cui alla determina n. 40 del 21.9.2017.

Dall'annullamento dell'autorizzazione n. 12 del 5.5.2017 discende la riviviscenza della SCIA, rispetto alla quale la determina n. 40 risulta essere ancora una volta illegittima per violazione del termine di diciotto mesi previsto dall'art. 21 *nonies* in quanto richiamato dall'art. 19 comma 4.

III)

Violazione dell'art. 21 *nonies* L. 241/90; Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione e della illogicità manifesta.

A prescindere dalla censure di cui al II motivo di ricorso, rispetto alla quale con il presente motivo non si recede, la determinazione n. 40 è comunque illegittima in quanto l'amministrazione ha omesso di individuare quali siano le ragioni di inte-

resse pubblico specifico, concreto ed attuale che legittimano l'adozione del provvedimento di ritiro.

La determina, si pone ancora una volta in palese violazione del dettato normativo contenuto all'art. 21 *nonies*.

Invero, nel caso di specie il Comune viola la norma, sotto il profilo in esame, con straordinaria evidenza. L'ente, infatti, pur individuando espressamente l'interesse pubblico e privato che avrebbe dovuto giustificare la **mancata** adozione del provvedimento, e pur ritenendo lo stesso interesse assolutamente rilevante, gli preferisce il mero rispristino della legalità.

Nella determinazione impugnata l'amministrazione afferma espressamente che *"pur comprendendo la natura delicata dell'attività svolta"*, così riconoscendo l'esistenza di un concreto interesse collettivo al mantenimento in essere della stessa, ritiene prevalente l'interesse al ripristino della mera legalità, affermando l'ineluttabilità del ritiro ed in particolare che: *"le autorizzazioni non possono spiegare efficacia in conflitto con provvedimenti edilizi-urbanistici"*.

L'Amministrazione, omettendo di effettuare qualsivoglia valutazione comparativa ritiene che il venir meno dei presupposti per l'esercizio dell'attività imponga sempre ed in ogni caso la rimozione delle autorizzazioni allo svolgimento di tale attività.

Nulla di più errato.

Le regole dettate dal legislatore in tema di annullamento d'ufficio si rivolgono sempre ad ipotesi nelle quali il provvedimento sia carente dei presupposti previsti dalla legge - e dunque illegittimo, ma ciò nonostante tali norme individuano dei limiti oltre i quali il provvedimento illegittimo può legittimamente continuare a spiegare i propri effetti. Tali limiti, come noto, sono legati al principio dell'affidamento e alla sussistenza dell'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento illegittimo.

L'autorizzazione all'esercizio dell'attività rimossa dall'amministrazione, assentiva un'attività avviata da oltre tre anni e che per stessa ammissione della p.a. soddisfa un delicato interesse collettivo, ciò nonostante, non una sola ragione contraria alla sua permanenza nel mondo giuridico è stata individuata nel provvedimento impugnato, né vi è traccia nell'atto di alcuna comparazione effettuata tra l'interesse pubblico al ripristino della legalità e quello privato alla prosecuzione dell'attività d'impresa.

Il provvedimento è, inoltre, palesemente illogico, e non tiene conto di dati di fatto evidenti che avrebbero dovuto essere valutati:

- 1) La società ricorrente ha, da sempre, ricevuto tutti i pareri favorevoli dalle competenti autorità sanitarie, non vi è, dunque, alcun elemento sostanziale che sia mutato da quando l'attività è stata intrapresa ad oggi.
- 2) Le contestazioni circa la legittimità urbanistica riguardano solo una porzione limitatissima dell'immobile che non è in grado di incidere sulla idoneità sostanziale dell'area a consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa.

IV)

Violazione del principio di proporzionalità, violazione dell'art. 19 comma 4

Si rileva, infine, che il provvedimento si pone in palese violazione del principio di proporzionalità, infatti, l'autorizzazione rilasciata con determina n. 12 del 5.5.2017 oggetto del provvedimento di annullamento oggi impugnato prescinde dalla legittima realizzazione dell'area per la quale il Comune ha adottato il contestato provvedimento di annullamento delle autorizzazioni.

Infatti, la restante parte dei locali, a tutto voler concedere, è stata realizzata sulla scorta di titoli edilizi non in contestazione ed è dunque perfettamente legittima ed idonea allo scopo.

Pur volendo considerare legittima la determina n. 152/17 l'amministrazione nel caso di specie non avrebbe potuto annullare l'autorizzazione all'esercizio dell'attività dovendo piuttosto, nel rispetto del principio di proporzionalità, rimodulare l'autorizzazione, anche ridimensionando la capacità ricettiva della struttura, limitando l'efficacia di quest'ultima alla parte di struttura per la quale non è stata mossa alcuna contestazione in ordine alla regolarità urbanistica.

Il vizio appena censurato trova conferma nell'art. 19 comma 3 nella parte in cui impone all'amministrazione, prima di adottare un provvedimento inibitorio dell'esercizio dell'attività autoassentita, di prescrivere "le misure necessarie" alla conformazione dell'attività d'impresa al dato normativo.

Nel caso di specie sarebbe stato sufficiente invitare la ricorrente a munirsi di nuovi atti autorizzatori relativi alla parte - in assoluto prevalente - del fabbricato rispetto al quale nessuna contestazione è mai stata mossa e rimodulare in conseguenza di ciò l'atto di autorizzazione all'esercizio dell'attività.

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 del provvedimento impugnato la cui diretta conseguenza è l'immediata chiusura della struttura.

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. 3 R.P.**).

Il provvedimento di ritiro da ultimo intervenuto li espone a rischi elevatissimi tanto in termini di responsabilità civile che penale e, quindi, gli impone di cessare immediatamente l'attività.

Al di là del pregiudizio economico, del tutto secondario nel caso di specie, la chiusura della struttura impone la ricollocazione presso altre strutture degli 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 Coniugi Spitaleri a probabili e numerose azioni risarcitorie, ma ciò che è peggio metterebbe in serio pericolo la salute psico-fisica degli anziani ospiti.

In proposito si deposita perizia giurata del medico Geriatra consulente della struttura che ben conosce la situazione psico-fisica di tutti gli ospiti, e sulla base di risultanze emerse nella più importante letteratura medica rappresenta gli enormi rischi connessi allo spostamento da una struttura gradita ad un'altra di ospiti particolarmente anziani (**all. 3 M.A.**).

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.

A ciò si aggiunga che la Società ricorrente ha una lista di attesa particolarmente lunga, dato questo che rappresenta la grave carenza nell'area ove viene esercitata l'attività, di strutture simili che possano garantire il medesimo livello di assistenza. Tale dato oggettivo, dimostra, non solo la pericolosità di un trasferimento degli anziani, ma la sua oggettiva impossibilità.

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'autorizzazione 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. 40 del 21 settembre 2017; - dell'Autorizzazione all'esercizio dell'attività n. 13 del 5 maggio 2017, questa nei limiti dell'interesse e nella misura in cui si sostituisce all'assenso tacito formatosi sulla SCIA presentata dai ricorrenti in data 24.10.2013.

Con vittoria di spese e compensi di difesa.

Si producono i seguenti atti e documenti:

- 1) Determina dirigenziale n. 40 del 21 settembre 2017
- 2) Autorizzazione all'esercizio dell'attività n. 13 del 5 maggio 2017
- 3) Perizia giurata medico specializzato in geriatria.

* * * * *

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

Messina, 3 novembre 2017

Firmato digitalmente

Avv. Letterio Donato

Dettaglio Email

COMUNE DI GIARDINAXOS

DATA 08 NOV. 2017

Protocollo N. 26685

Mittente: leliodonato@pec.giuffre.it

Destinatari: protocollogiardinaxos@pec.it

Data: 07-11-2017 Ora: 20:06 Num. Protocollo: Del:

Oggetto: POSTA CERTIFICATA: Notificazione ai sensi della legge n. 53 del 1994

Testo Email

SINDACO
III settore
IV settore
coordinatore

firmato digitalmente da

Letterio Donato

:N = donato letterio

) = non presente

= IT

RELAZIONE DI NOTIFICA

ai sensi dell'art. 3bis L. 53-1994

Io sottoscritto Avv. Letterio Donato (CF. DNTLTR83C01F158C; pec: leliodonato@pec.giuffre.it, in ragione della Legge 21 gennaio 1994 n. 53 e successive modifiche, difensore dei Sig.ri Francesco Spitaleri (cf. SPTFNC56B09H455M), Salvatrice Crifò (Cf. CRFSVT64L55C351H), della ditta F.lli Spitaleri di Spitaleri Giovanni e Alice s.n.c., con sede legale in Giardini Naxos (P.Iva. 030290570831), in virtù di procura alle liti ex art. 83 c.p.c. già depositata in atti,

HO NOTIFICATO

unitamente alla presente relazione, firmata digitalmente, **Ricorso per motivi aggiunti** al:

- **Comune di Giardini Naxos** (cf. 00343940839), in persona del Sindaco p.t.,
all'indirizzo di PEC protocollogiardininaxos@pec.it estratto dall'INDICE PA.

in allegato al messaggio di posta elettronica certificata inviato dall'indirizzo mittente **leliodonato@pec.giuffre.it** iscritto nel Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE).

DICHIARO

che la presente notifica viene eseguita in relazione al Giudizio pendente davanti al T.A.R. di Catania ed iscritto al n. rg. 1684/2017.

F.to digitalmente da

Avv. Letterio Donato