

Revoca per incompetenza

Scritto da Carmelo Anzalone
Martedì 13 Settembre 2011 07:39 -

N. 2046/2011 Reg. Prov. Coll. N. 1696 Reg. Ric. ANNO 2006 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1696 del 2006, proposto da:

S. S., rappresentata e difesa dagli avv.ti Gaspare Agnello, Nicolò D'Alessandro, con domicilio eletto presso avv. Nicolò D'Alessandro in Catania, piazza Lanza, 18/A;

contro

Comune di Enna, rappresentato e difeso dall'avv. Elvira Termine, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale;

Provincia Regionale di Enna, rappresentata e difesa dagli avv.ti Concetta Potenzone, Maurizio Nicita, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale;

nei confronti di

Provincia Regionale di Enna;

per l'annullamento

del provvedimento prot. 12581 del 5.4.06, con il quale il Dirigente del 3[^] settore LL.PP. ed Urbanistica della Città di Enna ha revocato la concessione di suolo pubblico n. 2/06;

del provvedimento prot. 12605 del 5.4.06, con il quale il Dirigente del 3[^] settore LL.PP. ed Urbanistica della Città di Enna ha revocato l'autorizzazione edilizia n. 16/06 del 22.03.06;

del telegramma assunto al prot. 1707 p.m. del 5.4.06 e della nota prot. 7485, con la quale il dirigente del settore 5[^] della Provincia regionale di Enna ha revocato il "nulla osta" al rilascio della concessione di suolo pubblico alla odierna ricorrente;

della ordinanza ingiunzione n. 6 del 19.04.06, con la quale è stato ingiunto alla odierna ricorrente il ripristino dei luoghi mediante demolizione del chiosco assentito con i provvedimenti concessori ed autorizzatori n. 2/06 e 16/06

del verbale di sospensione lavori del 5.04.06;

per la condanna

di tutti i resistenti in solido tra loro al risarcimento dei danni subiti dalla odierna ricorrente.

Revoca per incompetenza

Scritto da Carmelo Anzalone
Martedì 13 Settembre 2011 07:39 -

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Enna e della Provincia Regionale di Enna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2011 il dott. Pancrazio Maria Savasta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

I. Il Comune di Enna ha rilasciato alla ricorrente la concessione di suolo pubblico n. 2/06 del 20.03.06, nonché l'autorizzazione edilizia n. 16/06 del 22.03.06, per la realizzazione di un chiosco da erigersi nella part. 487 fg. 77 nell'area antistante l'ITG e l'ITC Duca D'Aosta di Enna.

Iniziati i lavori, quando questi erano giunti ad avanzato stato di realizzazione, venivano sospesi in data in data 5.04.06, giusta diffida del corpo di P.M. del Comune di Enna, in esecuzione di un telegramma del Dirigente 5^a settore della Prov. reg.le di Enna, indirizzato al Sindaco del comune di Enna, con il quale si comunicava "immediata revoca nulla osta area antistante ITG e ITC Duca D'Aosta" e con il quale il Comune veniva diffidato alla immediata revoca lavori costruzione chiosco.

Quindi, nella medesima data, il dirigente del 3^o settore del Comune di Enna revocava la concessione di suolo pubblico n. 2/06 e l'autorizzazione edilizia 16/06.

Entrambe le revoche venivano giustificate con il venir meno del presupposto della disponibilità del suolo di cui al nulla osta della provincia regionale del 16.03.06, revocato con il telegramma sopra meglio descritto.

Con nota prot. 7485 il dirigente del 5^a settore della Provincia di Enna comunicava che il nulla osta a suo tempo concesso per il rilascio della concessione di suolo pubblico n. 2/06 doveva considerarsi "... nullo in quanto di competenza dell'ente provincia attualmente proprietario dell'area e comunque rilasciabile esclusivamente da parte del legale rappresentante dell'Ente stesso".

Con ordinanza n. 06 del 19.04.06, il dirigente del 3^a settore del Comune di Enna ingiungeva la demolizione del chiosco realizzato dalla S. in forza dei provvedimenti concessori ed autorizzatori rilasciati e poi revocati.

La revoca degli atti veniva inviata anche alla competente Procura della Repubblica, che iniziava un procedimento penale a carico della ricorrente.

Revoca per incompetenza

Scritto da Carmelo Anzalone
Martedì 13 Settembre 2011 07:39 -

Con il ricorso in epigrafe, quest'ultima ha impugnato i predetti provvedimenti, affidandosi ai seguenti motivi di gravame:

1) ECCESSO DI POTERE PER INESISTENZA DEI PRESUPPOSTI E TRAVISAMENTO. SVIAMENTO DI POTERE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 21 *QUINQUIES* L. 241/90. VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ECCESSO DI POTERE PER ASSOLUTO DIFETTO DI MOTIVAZIONE. MANCANZA DEI PRESUPPOSTI PER L'ADOZIONE DI ATTI DI RIESAME

La questione posta all'esame del Collegio riguarda un'area antistante l'ITC Duca D'Aosta di Enna rimasta in capo all'amm.ne Provinciale e per la quale è in corso la procedura di retrocessione al comune di Enna.

In considerazione della pendenza del procedimento volto al trasferimento delle suddette aree dal patrimonio Provinciale a quello comunale, il Comune di Enna, prima di concedere il suolo pubblico alla ricorrente per la realizzazione di un chiosco, aveva ottenuto dalla Provincia il nulla osta del 16.03.06 puntualmente richiamato nell'atto concessorio la cui revoca è oggetto del contenzioso in esame.

Detto atto di assenso sarebbe stato revocato senza alcun rispetto delle garanzie procedurali imposte dalla L. 241/90, posto che il dirigente del 5^a settore della Provincia avrebbe informato con semplice telegramma il Comune di Enna dell'avvenuta revoca immediata del precedente nulla osta, senza, per altro, specificare in alcun modo le ragioni poste a fondamento dell'atto di ripensamento.

Il Comune di Enna, per quanto di sua competenza, ha diffidato la ricorrente dal continuare i lavori, ha revocato gli atti concessori e ha ordinato la demolizione di quanto realizzato, senza considerare che con il parere reso, la Provincia avrebbe esaurito il proprio potere, in quanto riferito ad atto infraprocedimentale e, quindi, ormai non più revocabile, una volta concluso il procedimento.

Il Comune, per quanto di competenza, non avrebbe potuto assumere come legittima la revoca dell'atto concessorio, giustificandola con il rinvio all'art. 21

quinquies

della L. 241/90, mancandone i presupposti e in considerazione del fatto che, in assenza di alcuna modifica in punto di fatto, la provincia regionale aveva autorizzato non già un generico utilizzo del bene provinciale da parte del comune di Enna, ma uno preciso riferito proprio alla concessione in uso dell'area alla ricorrente, di seguito a sua esplicita richiesta e quale conseguenza di un nulla osta pedissequamente richiamato nell'atto concessorio.

In altri termini, la Provincia regionale si sarebbe vincolata, al pari del Comune di Enna, alla concessione del suolo pubblico alla ricorrente, secondo il contenuto esplicito della richiesta di quest'ultima, il che precluderebbe che la revoca del "nulla osta" possa leggersi come una semplice "mutazione dello stato di fatto", risolvendosi, viceversa, nella revoca dello stesso

Revoca per incompetenza

Scritto da Carmelo Anzalone
Martedì 13 Settembre 2011 07:39 -

provvedimento concessorio assentito, possibile, solo per una sopravvenuta valutazione del pubblico interesse, nella fattispecie totalmente assente e assolutamente immotivata.

Solo successivamente, con la nota prot. 7485, il dirigente del 5^a settore della Provincia di Enna avrebbe manifestato il contenuto della sua revoca.

L'atto, dopo aver richiamato l'atto di assenso manifestato, così si esprime espressamente: "a seguito di una rivisitazione della pratica in oggetto, con la presente si comunica che il predetto nulla osta deve considerarsi nullo in quanto di competenza dell'Ente provincia attualmente proprietario dell'area e comunque rilasciabile esclusivamente da parte del legale rappresentante dell'ente stesso".

In sintesi, l'atto della Provincia sarebbe illegittimo, in quanto la nullità del proprio parere, fatta derivare dal fatto che lo stesso era stato emanato dal Dirigente e non dal rappresentante legale dell'Ente, non rientrerebbe nelle ipotesi di cui all'art. 21

septies

della L. 241/90 che, sotto la rubrica "Nullità del provvedimento" dispone che è "nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge".

L'unica ipotesi assimilabile al caso in esame sarebbe il difetto assoluto di attribuzione, certamente non rinvenibile allorché si discuta della competenza tra diversi organi della medesima amministrazione all'adozione di un determinato atto.

In ogni caso, sotto il profilo della procedura adottata, i provvedimenti avrebbero violato i basilari principi cui deve sottostare qualunque procedimento di riesame, mancando, come chiarito, una benché minima motivazione in ordine all'interesse pubblico, attuale e concreto, alla revoca, nonché la doverosa comparazione tra il suddetto interesse pubblico (qualora sussistente) e l'affidamento privato tanto più forte, nella fattispecie in esame, in quanto l'atto concessorio risultava abbondantemente perfezionato ed aveva iniziato a produrre i propri effetti con il rilascio della autorizzazione edilizia tendente alla costruzione del chiosco effettivamente realizzato.

RICHIESTA DI RISARCIMENTO DEL DANNO.

Dalla illegittimità della complessiva attività posta in essere dalle Amministrazioni deriverebbe il diritto al risarcimento del danno, nella misura del danno emergente, consistente nei costi sostenuti per l'attività edilizia posta in essere per la realizzazione del chiosco, sino alla data di adozione della revoca regolarmente autorizzato, nonché tutti i costi sostenuti dalla ricorrente per l'attivazione delle forniture necessarie per l'avvio dell'imminente attività commerciale oggetto di autorizzazione.

Verrebbe, altresì, in evidenza il lucro cessante, consistente nel mancato guadagno conseguente alla inibita attività commerciale.

Revoca per incompetenza

Scritto da Carmelo Anzalone
Martedì 13 Settembre 2011 07:39 -

Rileverebbe, altresì, un chiaro danno all'immagine conseguente alla adozione di atti con valenza chiaramente penale (diffida

ex

art. 650 c.p. ed ordinanza di demolizione entrambe inviate alla Procura della Repubblica di Enna), nonostante l'odierna ricorrente non abbia commesso abuso alcuno, avendo, sino alla data di adozione degli atti impugnati, agito sulla scorta di legittimi provvedimenti emessi dall'autorità competente.

Per tutte queste voci di danno, parte ricorrente si è riservata la quantificazione, chiedendo la condanna in solido delle amministrazioni resistenti.

II. Il ricorso è fondato.

Tutte le censure di parte ricorrente colgono nel segno.

a) L'attività posta sostanzialmente in autotutela, tale dovendosi intendere quella esercitata dalle Amministrazioni in riferimento ad una asserita attività di ripristino di legalità determinata dalla incompetenza dell'Organo emanante il parere, non è stata preceduta da alcuna comunicazione dell'avvio del procedimento.

E' da ritenere, infatti, che "una volta formatosi il titolo edilizio..., l'intervento dell'amministrazione può essere giustificato soltanto nell'ambito di un procedimento di secondo grado di annullamento o revoca d'ufficio, ai sensi degli art. 21

quinquies

e 21

nonies

I. n. 241 del 1990, previo avviso di avvio di procedimento all'interessato e previa confutazione, ove ne sussistano i presupposti, delle ragioni dallo stesso eventualmente presentate nell'ambito della partecipazione al procedimento". (cfr,

ex multis

, T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 02 febbraio 2010, n. 1408; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II, 02 ottobre 2007, n. 2253; T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 09 gennaio 2008, n. 74).

b) Gli atti posti in essere dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, non possono mai basarsi in via esclusiva sulla illegittimità riscontrata, ma devono fondarsi su un'accurata indagine delle circostanze da cui emergono le ragioni di interesse pubblico che ne consigliano il ritiro, anche in considerazione del tempo eventualmente trascorso e delle posizioni giuridiche consolidate per effetto del provvedimento da annullare (cfr. Cons. Stato, IV, 20 aprile 1999, n. 671 e Cons. Stato, IV, 8 luglio 2003, n. 4057; T.A.R. Molise Campobasso, sez. I, 10 dicembre 2010, n. 1540).

In altri termini, i presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio con effetti

ex tunc

sono l'illegittimità originaria del provvedimento, l'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione diverso dal mero ripristino della legalità, l'assenza di posizioni consolidate in capo ai

Revoca per incompetenza

Scritto da Carmelo Anzalone

Martedì 13 Settembre 2011 07:39 -

destinatari; peraltro l'esercizio del potere di autotutela, pur essendo espressione di rilevante discrezionalità, non esime l'Amministrazione dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei su menzionati presupposti, con motivazione integrata dall'allegazione del vizio che inficia il provvedimento (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291).

c) Non può ritenersi, infine, come sostengono le resistenti, che il nulla osta della Provincia, in pendenza della procedura di retrocessione del terreno, provenendo dal Dirigente, piuttosto che dal Legale rappresentante di detto Ente territoriale, debba considerarsi nullo e, quindi, che l'impugnato annullamento del titolo edilizio sia conseguentemente atto dovuto e, come tale, non necessiti di alcuna procedura e giustificazione in termini di interesse.

Questa stessa Sezione (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 15 dicembre 2010, n. 4728) ha sostenuto che tale tesi è condivisibile nel caso di adozione dell'atto con incompetenza assoluta dell'Organo emanante, posto che, in questo caso, l'atto di autotutela si presenta quale semplice riconoscimento della insussistenza del potere erroneamente esercitato e non come una successiva valutazione di illegittimità o inopportunità del provvedimento ritirato.

Nel caso in esame, la ripartizione della competenza, però, non si configura come espressiva di una carenza assoluta del potere, posto che trattasi di Organi pur sempre della medesima Amministrazione, e, quindi, non rientra tra le ipotesi di "difetto assoluto di attribuzione", cui ricollegare la nullità, di cui all'art. 21

septies

della l.n. 241/90.

Consegue, come premesso, la fondatezza del ricorso.

III. Va rigettata la domanda di risarcimento del danno, posto che la stessa è stata genericamente prospettata, senza alcuna indicazione né del

quantum

, né delle prove a dimostrazione del danno subito.

Conformemente alla consolidata giurisprudenza della Sezione e alla disposizione contenuta nell'art. 64, comma 1, c.p.a., il Collegio ritiene di non doversi discostare dall'arresto del Giudice di seconde cure (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924), secondo il quale "la disciplina contenuta nell'art. 2697 cod. civ. (corrispondente, ora, all'art. 64, comma 1, cod. proc. amm.) secondo la quale spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti, deve trovare integrale applicazione anche nel processo amministrativo ogniqualvolta non ricorra tale disuguaglianza di posizioni tra Pubblica Amministrazione e privato, come - per l'appunto - nel caso di specie, laddove si verte esclusivamente sulla spettanza, o meno, di un risarcimento del danno: con la conseguenza che, a pena di un'inammissibile inversione del regime dell'onere della prova, non è consentito al giudice amministrativo di sostituirsi alla parte onerata quando quest'ultima si trovi nell'impossibilità di provare il fatto posto a base della sua azione (cfr., al riguardo,

ex plurimis

, Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2010 n. 8006)".

Revoca per incompetenza

Scritto da Carmelo Anzalone

Martedì 13 Settembre 2011 07:39 -

La ricorrente pone a fondamento della sua domanda circostanze la cui dimostrazione rientra nella sua piena ed esclusiva disponibilità, quali i costi sopportati per la realizzazione del chiosco e quelli necessari per l'avvio della attività commerciale.

Degli stessi non solo non fornisce alcuna prova, ma neanche esprime una quantificazione.

Ne deriva il rigetto della domanda.

IV. Analogamente, non può essere accolta l'ulteriore domanda di risarcimento dei danni morali lamentati genericamente dalla istante, dipendenti dalla denuncia penale inoltrata, nonostante l'assoluta estraneità della ricorrente a qualsiasi attività lesiva delle regole procedurali, "in quanto trattasi di domanda che... non risulta assistita dalla prova concreta del danno non patrimoniale paventato, e, neppure, da un principio di prova in ordine ad eventuali ripercussioni negative... sulle consuetudini di vita degli istanti.

Infatti, come ribadito anche di recente dal Consiglio di Stato (cfr. decisione Sez. VI, 18 marzo 2011 n. 1672), la pretesa risarcitoria avente ad oggetto il danno non patrimoniale - ove non si sia verificato un mero disagio o fastidio, inidoneo, ex se, a fondare una domanda di risarcimento del danno - esige una allegazione di elementi concreti e specifici da cui desumere, secondo un criterio di valutazione oggettiva, l'esistenza e l'entità del pregiudizio subito, il quale non può essere ritenuto sussistente

in re ipsa

, né è consentito l'automatico ricorso alla liquidazione equitativa" (cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 30 marzo 2011, n. 854).

Secondo altro condivisibile arresto giurisprudenziale (cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia Trieste, sez. I, 26 maggio 2011, n. 260), "la sussistenza di un danno non patrimoniale risarcibile di cui all'art. 2059 c.c., difatti, deve essere dimostrata, sempre secondo la Suprema Corte, anche quando derivi dalla lesione di diritti inviolabili della persona, dal momento che costituisce "danno conseguenza", e non "danno evento"; né può sostenersi fondatamente che "nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe

in re ipsa

, perché la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo" (Cass. Civ., SS.UU, sentenza n. 26972 dell'11 novembre 2008)".

Conclusivamente, la genericità della richiesta e la mancata dimostrazione del danno ricevuto determinano il rigetto della domanda risarcitoria.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P. Q. M.

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

Revoca per incompetenza

Scritto da Carmelo Anzalone

Martedì 13 Settembre 2011 07:39 -

- 1) accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
- 2) rigetta la domanda di risarcimento del danno;
- 3) condanna le Amministrazioni resistenti, in solido, al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio che vengono liquidate in euro duemila/00, oltre spese generali, IVA, c.p.a..

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Biagio Campanella

L'ESTENSORE

Pancrazio Maria Savasta

IL CONSIGLIERE

Salvatore Schillaci

Depositata in Segreteria il 1 agosto 2011

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)