

Pubblicato il 03/11/2025

N. 00853/2025 REG. PROV. COLL.
N. 00919/2023 REG. RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 919 del 2023, proposto da

Gustavo Conti, rappresentato e difeso dall'avvocato Luciano Scoglio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Amministrazione Comunale di Lipari, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Seconda) n. 00842/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2025 il Cons. Antonino Lo Presti ;

Nessuno è presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A) Viene all'esame di questo Consiglio la complessa vicenda urbanistica che ha visto il sig. Conti Gustavo, proprietario di un appezzamento di terreno ubicato in località Quattrocchi a Lipari (foglio di mappa n. 99, particelle n. 135, 136, 139, 140, 143, 144, 145 e 418), richiedere al Comune il permesso di costruire per la realizzazione di un "*parco tematico per la valorizzazione e divulgazione della cultura agraria tipica eoliana*".

L'intervento, presentato con istanza prot. n. 2660 del 2 febbraio 2015, prevedeva la creazione di un'area belvedere e di degustazione di prodotti tipici, collegata alla strada provinciale mediante sentiero esistente opportunamente adeguato, attrezzata con piccolo capanno bar per degustazione, pergolato per la creazione di area coperta dal sole, ulteriore capanno per servizi igienici, cisterna interrata per rifornimento idrico, oltre al ripristino e manutenzione dei sentieri esistenti. All'istanza veniva allegata l'autorizzazione paesaggistica già rilasciata.

B) Decorsi i termini per la formazione del silenzio-assenso ai sensi della L.R. Sicilia n. 17/1994, il ricorrente si muniva di tutte le ulteriori autorizzazioni e nulla osta necessari per l'inizio dei lavori.

In data 26 ottobre 2018, con nota prot. n. 23071, comunicava l'inizio dei lavori ai sensi dell'art. 2 L.R. n. 17/1994, allegando perizia giurata, elaborati tecnici, autorizzazioni e nulla osta rilasciati dagli altri enti e bollettini di versamento degli oneri di urbanizzazione e per costo di costruzione.

C) L'amministrazione comunale, con nota prot. n. 24928 del 28 novembre 2018, comunicava l'avvio del procedimento di annullamento d'ufficio "*degli effetti della comunicazione di inizio lavori resa ex art. 2 L.R. n. 17/94*", contestando la legittimità dell'intervento sotto vari profili e invitando il ricorrente a produrre osservazioni e controdeduzioni.

C) Il ricorrente, con nota del 26 marzo 2019 prot. n. 5611, formulava le proprie controdeduzioni contestando le censure mosse.

Considerata l'inerzia dell'amministrazione, comunicava la ripresa dell'attività edilizia con nota del 5 febbraio 2020 prot. n. 2008.

D) Con nota prot. n. 2038 del 6 febbraio 2020, il Responsabile P.O. Urbanistica confermava la non ammissibilità dell'intervento edilizio e la predisposizione degli atti *"per il rigetto definitivo dell'istanza"*.

Successivamente, con provvedimento prot. n. 2926 del 10 febbraio 2020, veniva adottato il *"rigetto della richiesta di permesso di costruire"*.

E) I motivi del ricorso di primo grado.

Il ricorrente impugnava il diniego articolando le censure in sette motivi:

- 1) Violazione dell'art. 21-nonies L. 241/1990 per decorso del termine di diciotto mesi dalla formazione del silenzio-assenso;
- 2) Violazione dell'art. 21-nonies per consolidamento del silenzio-assenso e difetto di valutazione dell'interesse pubblico diverso dal mero ripristino della legalità;
- 3) Violazione dell'art. 21-nonies per omessa motivazione rafforzata ed eccesso di potere; 4) violazione della normativa sulle distanze stradali;
- 5) Violazione delle norme di salvaguardia della istituenda RNO;
- 6) Intervento allocato oltre i cinquanta metri dall'area cimiteriale secondo il PRG vigente;
- 7) Violazione dell'art. 338 R.D. 1265/1934 per mancata valutazione della natura precaria dell'intervento.

F) Le difese dell'amministrazione.

Il Comune si costituiva nel giudizio di primo grado, contestando l'applicabilità della L.R. 17/1994; l'esclusione del silenzio-assenso per la presenza di vincoli paesaggistici ai sensi dell'art. 20, comma 8, D.P.R. 380/2001; il rispetto della disciplina dell'art. 21-nonies, la congruità della motivazione, l'applicazione della fascia cimiteriale di 200 metri determinata dal decreto di approvazione del PRG e la natura non precaria dei manufatti progettati per la loro destinazione a soddisfare bisogni duraturi.

F) La decisione di primo grado.

Il TAR Sicilia-Catania, con sentenza n. 842/2023, rigettava il ricorso ritenendo *"questione dirimente"* la violazione del vincolo cimiteriale, tale da assorbire l'esame di tutte le altre censure.

Il giudicante affermava che l'art. 338 R.D. 1265/1934 determina *"inedificabilità ex lege a carattere assoluto"* nella fascia di 200 metri dal perimetro cimiteriale, non derogabile per interessi privati. Quanto alla delibera comunale n. 56/2018 di riduzione della fascia per l'ampliamento del cimitero, il TAR riteneva che il comma 4 dell'art. 338 si applichi *"al caso di costruzione o ampliamento cimiteriale, laddove nella fascia dai 50 ai 200 metri ricadano costruzioni preesistenti, e non anche al caso di nuove edificazioni nella fascia di rispetto cimiteriale"*. Assorbiva quindi tutti gli altri motivi, compensando le spese.

G) I motivi dell'appello.

L'appellante articola le censure in tre motivi principali:

- Omesso esame dei primi tre motivi di ricorso relativi ai vizi procedurali e al consolidamento del silenzio-assenso;
- Errata applicazione dell'art. 338 T.U. Leggi Sanitarie per mancato esame dell'art. 28 L. 166/2002, del riferimento al PRG e della natura dell'intervento, nonché della contraddittorietà amministrativa dimostrata dalla delibera del Commissario ad acta;
- Errata valutazione degli effetti del silenzio-assenso e dell'obbligo di motivazione rafforzata ex art. 21-nonies.

DIRITTO

L'appello è fondato e merita accoglimento per le ragioni che seguono.

I. Questione preliminare: l'insussistenza della violazione del vincolo cimiteriale.

La risoluzione della controversia impone, in via preliminare, l'accertamento della sussistenza del presupposto fattuale su cui si fonda il diniego comunale: la pretesa violazione del vincolo di rispetto cimiteriale.

Dall'esame degli atti processuali emerge un dato di fatto pacifico e non contestato dalle parti: l'intervento è ubicato a circa 70 metri dall'impianto cimiteriale, come dichiarato dall'appellante nell'atto di appello (*"il terreno su cui dovrebbero essere realizzate è posto a circa 70 metri dall'impianto cimiteriale da cui è separato da ben due strade pubbliche"*) e confermato dalla planimetria allegata alla relazione tecnica di progetto, senza che l'amministrazione abbia mai fornito indicazioni diverse in alcun atto processuale.

L'art. 338 R.D. 1265/1934, come modificato dall'art. 28 L. 166/2002, stabilisce il divieto di costruire *"entro il raggio di 200 metri dal perimetro dell'impianto cimiteriale, quale risultante dagli strumenti urbanistici vigenti nel comune o, in difetto di essi, comunque quale esistente in fatto, salve le deroghe ed eccezioni previste dalla legge"*.

La modifica normativa del 2002 ha introdotto una innovazione di sistema, creando un meccanismo di pubblicità del vincolo che aggancia la determinazione dell'area di rispetto alle risultanze dello strumento urbanistico comunale. Tale riforma ha superato il precedente sistema di misurazione diretta, fonte di errori, contestazioni e incertezze applicative, sostituendolo con un criterio di certezza basato sulla rappresentazione cartografica ufficiale.

Nel caso di specie, il PRG del Comune di Lipari indica chiaramente nelle proprie tavole una fascia di rispetto cimiteriale di 50 metri, come risulta dalla planimetria di progetto. Tale previsione si è definitivamente consolidata a seguito dell'annullamento del decreto regionale di approvazione con sentenza TAR Palermo n. 786/2015, passata in giudicato, e del successivo decreto ARTA del 19 maggio 2015 che ha preso atto del giudicato dichiarando *"la piena efficacia dello strumento urbanistico così come adottato"*. Il consolidamento quinquennale del PRG, ai sensi dell'art. 1 L.R. Sicilia n. 28/1991, ha reso definitiva e incontestabile tale delimitazione.

Essendo l'intervento collocato a 70 metri dal cimitero, esso risulta chiaramente esterno alla fascia di rispetto di 50 metri, come delimitata nello strumento urbanistico vigente.

Ne consegue che non sussiste alcuna violazione dell'art. 338 R.D. 1265/1934, venendo meno il presupposto stesso del diniego comunale e rendendo il provvedimento impugnato illegittimo per difetto assoluto di presupposti normativi.

La sentenza impugnata ha errato nel considerare applicabile al caso in esame la distanza legale di 200 metri, tenendo in non cale che la novella del 2002 ha modificato il sistema di determinazione del vincolo, agganciandolo alle risultanze dello strumento urbanistico.

Tale interpretazione contrasta, ad avviso del Collegio, con la lettera della legge e vanifica la ratio della riforma, volta a creare certezza giuridica attraverso la pubblicità cartografica del vincolo.

II. Questioni procedurali: i vizi nell'esercizio del potere amministrativo.

Pur essendo la questione risolvibile in via preliminare per insussistenza della violazione del vincolo cimiteriale, il Collegio reputa opportuno esaminare i vizi procedurali denunciati, che la sentenza impugnata ha assorbito senza motivazione.

A) La natura giuridica del provvedimento e la violazione della disciplina del silenzio-assenso

La corretta qualificazione giuridica del provvedimento impugnato costituisce questione preliminare rispetto all'esame del merito, poiché dalla sua natura discendono i presupposti e i limiti dell'esercizio del potere amministrativo.

L'istanza di permesso di costruire, presentata il 2 febbraio 2015, ha dato avvio al procedimento disciplinato dall'art. 2 L.R. Sicilia n. 17/1994, che prevede un meccanismo bifasico caratteristico della legislazione regionale siciliana.

La prima fase si conclude con la formazione del silenzio-assenso decorsi settantacinque giorni dalla presentazione dell'istanza completa, senza che l'amministrazione abbia comunicato provvedimento motivato di diniego. Tale meccanismo attribuisce al richiedente una posizione equiparabile all'ottenimento della concessione stessa.

La seconda fase si apre con la comunicazione di inizio lavori corredata della documentazione prescritta.

A questo proposito vi è anche da considerare che anche ove l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alle norme, si rende comunque configurabile la formazione del silenzio assenso. Ciò si ritiene confermato da puntuali ed univoci indici normativi con i quali il legislatore ha inteso chiaramente sconfessare la tesi secondo cui la possibilità di conseguire il silenzio-assenso sarebbe legata, non solo al decorso del termine, ma anche alla ricorrenza di tutti gli elementi richiesti dalla legge per il rilascio del titolo abilitativo.

In tal senso il Collegio ritiene di aderire alla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo la quale...*"ove sussistono i requisiti di formazione del silenzio-assenso, il titolo abilitativo può perfezionarsi anche con riguardo ad una domanda non conforme a legge. Reputare, invece, che la fattispecie sia produttiva di effetti soltanto ove corrispondente alla disciplina sostanziale, significherebbe sottrarre i titoli così formati alla disciplina della annullabilità. Tale trattamento differenziato, per l'altro, neppure discenderebbe da una scelta legislativa oggettiva, aprioristicamente legata al tipo di materia o di procedimento, bensì opererebbe (in modo del tutto eventuale) in dipendenza del comportamento attivo o inerte della p.a. Inoltre, l'impostazione di "convertire" i requisiti di validità della fattispecie "silenziosa" in altrettanti elementi costitutivi necessari al suo perfezionamento, vanificherebbe in radice le finalità di semplificazione dell'istituto: nessun vantaggio, infatti, avrebbe l'operatore se l'amministrazione potesse, senza oneri e vincoli procedurali, in qualunque tempo disconoscere gli effetti della domanda. (Cons Stato sez VI n. 2661/23).*

Un aspetto peculiare della controversia riguarda, quindi, anche la qualificazione giuridica del provvedimento comunale. L'amministrazione ha formalmente adottato un "rigetto" dell'istanza, ma alla data di emanazione dell'atto (febbraio 2020) erano trascorsi oltre quattro anni dalla presentazione della domanda e oltre un anno dalla comunicazione di inizio lavori. In tale contesto temporale, come chiarito dalla giurisprudenza più recente, per effetto del decorso del termine previsto per la maturazione del silenzio assenso, la pubblica amministrazione consuma il potere di decidere sull'istanza del privato e l'eventuale successivo rigetto è da considerarsi tardivo, potendo essa successivamente provvedere solamente in via di autotutela.

L'amministrazione avrebbe quindi dovuto necessariamente procedere con un atto di secondo grado, rispettando i rigorosi presupposti dell'art. 21-nonies L. 241/1990 che ha riconfigurato il relativo potere attribuendo all'amministrazione un coefficiente di discrezionalità che si esprime attraverso la valutazione dell'interesse pubblico in comparazione con l'affidamento del destinatario dell'atto.

Nel caso di specie, la comunicazione del 26 ottobre 2018 ha attivato il termine di trenta giorni entro cui l'amministrazione poteva procedere all'annullamento del titolo formatosi per silenzio, qualora ne accertasse l'illegittimità.

Il punto cruciale è che, decorsi i settantacinque giorni dalla presentazione dell'istanza senza diniego espresso, l'amministrazione non poteva più adottare un provvedimento di primo grado di rigetto dell'istanza.

Il titolo edilizio si era già formato per silenzio-assenso e poteva essere rimosso solo attraverso l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Tuttavia, l'amministrazione ha formalmente adottato un "*provvedimento di rigetto della richiesta di permesso di costruire*" (come testualmente indicato nell'atto prot. n. 2926/2020), qualificandolo erroneamente come provvedimento di primo grado il rigetto dell'istanza originaria del 2015.

Il provvedimento presenta quindi un vizio di qualificazione giuridica che ne determina l'illegittimità per contrasto con i principi di logicità e coerenza dell'azione amministrativa.

B) le ulteriori censure

Pur essendo la questione, come detto, risolvibile per insussistenza della violazione del vincolo cimiteriale, risultano comunque fondate le ulteriori censure dell'appellante.

Nello specifico:

- Il progetto non prevede la realizzazione di parcheggi, come erroneamente contestato dall'amministrazione;
- L'Arta ha chiarito con nota prot. n. 53891 del 31 luglio 2019 che, a seguito dell'annullamento giurisdizionale del vincolo della Riserva Naturale Orientata con sentenza TAR Catania n. 36/1995, "allo stato attuale non è possibile applicare le norme di salvaguardia", confermando che non occorre alcun nulla osta per l'area in questione;
- La mancata costituzione del Comune intimato in sede di appello, peraltro, preclude ogni possibile giustificazione delle evidenti incongruenze emerse dalla documentazione prodotta e conferma l'infondatezza della posizione dell'Amministrazione.

C) Risarcimento del danno.

In ultimo, il Collegio dichiara inammissibile la domanda dell'appellante tesa ad ottenere il risarcimento del danno subito, perché genericamente formulata e non supportata da alcun elemento di prova.

Sussistono le ragioni per compensare tra le parti le spese del giudizio, stante la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Giuseppe Chinè, Consigliere

Paola La Ganga, Consigliere

Antonino Lo Presti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonino Lo Presti

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO