



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1498 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da Schillaci Sebastiano, rappresentato e difeso, unitamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti Girolamo Calandra e Giuliana Ardito, ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Palermo, piazza Vittorio Emanuele Orlando n. 33;

contro

il Comune di Campofranco, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso, giusta procura a margine dell'atto di costituzione di nuovo procuratore, dall'Avv. Maria Beatrice Miceli e con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via N. Morello, n. 40;

nei confronti di

Vitellaro Francesco, rappresentato e difeso dall'Avv. Girolamo Rubino, e con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Oberdan, n. 5;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

A) *quanto al ricorso introduttivo:*

- dell'atto di concessione per l'occupazione permanente di spazi ed aree pubbliche comunali, prot. n. 4003 del 15.6.2009;
- del provvedimento del 15.6.2009 di autorizzazione all'occupazione di cui sopra;
- per quanto possa occorrere, del parere n. 224/ATA del 1.6.2009;
- per quanto possa occorrere, del parere n. 43 del 9.6.2009;
- per quanto possa occorrere, del parere n. 126 del 3.6.2009;
- per quanto possa occorrere, del regolamento per il rilascio di concessioni per l'occupazione temporanea di suolo pubblico per spazi di ristoro all'aperto;
- per quanto possa occorrere, della concessione edilizia ad eseguire le opere ed i lavori necessari alla realizzazione del dehor;
- di ogni altro atto comunque connesso e/o consequenziale;

B) *quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:*

- dei medesimi provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo;

C) *quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:*

- dell'autorizzazione in sanatoria ex art. 13 della l. n. 47 del 1985 n. 1/2010 rilasciata dal Comune di Campofranco in favore del sig. Vitellaro in data 2 marzo 2010, relativa a «lavori già eseguiti di realizzazione di servizi igienici all'interno dell'unità immobiliare identificata catastalmente alla particella n. 714 sub 2 del foglio 7/a del Comune di Campofranco».

Visti il ricorso introduttivo, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del controinteressato Vitellaro Francesco;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza n. 886/2009 con cui è stata accolta la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

Vista l'ordinanza del C.g.a. n. 1087/09 con cui è stato respinto l'appello cautelare;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il referendario dott. Giuseppe La Greca;

Uditi all'udienza pubblica del 25 maggio 2010 l'Avv. G. Calandra per il ricorrente, l'Avv. M.B. Miceli per l'Amministrazione resistente e l'Avv. M. Di Giorgi, su delega dell'Avv. G. Rubino, per il controinteressato;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 28 luglio 2009 e depositato il successivo 25 agosto, il ricorrente, proprietario dell'immobile confinante con quello in uso al controinteressato e nel quale svolge un'attività artigianale, ha impugnato – chiedendone l'annullamento, vinte le spese – i provvedimenti in epigrafe, con i quali il Comune di Campofranco (CL) ha autorizzato il controinteressato Vitellaro Francesco all'occupazione di suolo pubblico ed alla realizzazione su di esso di un «dehors continuativo», adiacente all'immobile in cui è ubicato il pubblico esercizio condotto dallo stesso controinteressato, sito in Campofranco, piazza Vittorio Veneto, n. 7.

Il ricorrente lamenta, sostanzialmente, di ricevere un pregiudizio dalla realizzazione del dehors in questione, ubicato, secondo quanto esposto, a distanza di circa un metro dal negozio in cui lo stesso esercita la propria attività imprenditoriale (barbiere).

Il ricorso introduttivo è affidato a cinque motivi, con cui si deducono i seguenti vizi:

1) Violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili in quanto:

a) non sarebbero stati acquisiti tutti i pareri necessari all'istruttoria siccome previsti dal regolamento comunale di disciplina dei cd. dehors. In particolare, secondo il ricorrente, non sarebbe stato rilasciato il parere di competenza del settore Edilizia

privata (art. 9 Regolamento comunale dehors), finalizzato a verificare la «rispondenza del progetto alle caratteristiche tecniche di cui all'art. 5», ed il parere dell'Ufficio commercio, finalizzato, quest'ultimo, ad accertare «l'ampliamento delle superfici del pubblico esercizio ai fini della sorvegliabilità del locale e dell'eventuale aggiornamento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività»;

b) mancherebbe qualsiasi istruttoria in relazione alla compatibilità del progetto con le molteplici prescrizioni contenute nel regolamento medesimo;

c) il Comune non avrebbe valutato tutti gli interessi pubblici coinvolti e ciò in ragione dell'(asserita) mancata istruttoria, al cui svolgimento era essenziale l'acquisizione dei richiamati pareri (e ciò, in tesi, con particolare riferimento alla consistenza del manufatto di che trattasi, alla natura non precaria dell'opera, e, da ultimo, alla modificazione dello stato dei luoghi che la collocazione del dehors comporterebbe);

2) Eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e di motivazione, incongruenza ed errata rappresentazione dei fatti, in quanto:

a) la richiesta di rilascio della concessione ad occupare il suolo pubblico recherebbe un'indicazione delle dimensioni del dehors difforme rispetto alla superficie dell'immobile di riferimento (dove il controinteressato già svolge la propria attività), sulla base della quale deve essere determinata quella del dehors;

3) Violazione dell'art. 78 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, violazione dei principi di imparzialità, di buona amministrazione e di trasparenza dell'azione amministrativa, inopportunità ed eccesso di potere per sviamento della causa, poiché, la relazione tecnica allegata all'istanza presentata dal sig. Vitellaro, al fine di ottenere il rilascio della concessione per la realizzazione del dehors, è stata predisposta e sottoscritta dal Geom. Alessandro di Leo, componente della Giunta comunale di Campofranco con delega, tra le altre materie, all'urbanistica;

4) Violazione degli articoli 7 e 8 , comma 4, della l.r. n. 18 del 1995, violazione dell'art. 97 della Costituzione dell'art. 1 della l.r. n. 10 del 1991, eccesso di potere per sviamento, in quanto l'autorizzazione alla somministrazione di alimenti e bevande sarebbe stata rilasciata in assenza del piano per il commercio su aree pubbliche, siccome previsto dalla medesima disciplina legislativa;

5) Violazione della l. n. 241 del 1990, eccesso di potere per difetto di istruttoria e mancata comparazione degli interessi, in quanto, al ricorrente, non è stata data comunicazione dell'avvio del procedimento di rilascio della concessione, con conseguente mancata valutazione e comparazione della sua posizione con l'interesse del controinteressato sig. Vitellaro, valutazione che sarebbe stata viceversa necessaria, stante la modificazione urbanistica che deriverebbe dalla realizzazione del dehors (per il quale, secondo il ricorrente, sarebbe stato financo necessario il rilascio del permesso di costruire).

2. Con un primo ricorso per motivi aggiunti il ricorrente ha dedotto le - ulteriori - censure di violazione di legge ed eccesso di potere per difetto di istruttoria poiché, in sede di variante alla concessione edilizia originaria (n. 17/91), sarebbe stato dichiarato che, con la medesima, veniva vincolata la superficie a parcheggio di mq. 15,43, a fronte di una previsione, inferiore, di mq. 8, risultante dalla nota di trascrizione della concessione originaria. Tale circostanza, secondo il ricorrente, indurrebbe a ritenere che, l'immobile in argomento, in sede di demolizione e ricostruzione, sia stato interessato da un (abusivo) aumento di volumetria.

3. Con un successivo ricorso per motivi aggiunti, il ricorrente ha chiesto l'annullamento dell'autorizzazione in sanatoria rilasciata, ai sensi dell'art. 13 della legge n. 47 del 1985, in favore del controinteressato, per i lavori di realizzazione dei servizi igienici siti all'interno dell'immobile già oggetto di concessione edilizia del 1991.

Tale gravame è articolato in due motivi, con i quali si deducono i seguenti vizi:

- 1) Violazione dell'art. 13 della l. n. 47 del 1985 ed eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione e dell'illogicità e contraddittorietà, in quanto, essendosi, in tesi, formato il silenzio-rigetto sull'istanza di autorizzazione in sanatoria (trascorsi novanta giorni dal 2 settembre 2009, data di presentazione della stessa), l'autorizzazione edilizia (rilasciata il 2 marzo 2010) avrebbe dovuto essere preceduta da un provvedimento di ritiro del precedente rigetto tacito;
 - 2) Violazione, sotto altro profilo, dell'art. 13 della l. n. 47 del 1985, eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione e dell'illogicità e contraddittorietà, in quanto l'istanza di cui al superiore punto 1) avrebbe dovuto essere presentata dal proprietario dell'immobile e non già dal conduttore;
 - 3) Eccesso di potere per difetto di istruttoria e per invalidità derivata;
 - 4) Eccesso di potere per difetto di istruttoria poiché l'autorizzazione edilizia in sanatoria è riferita ad una particella diversa rispetto a quella determinata con il cambio di destinazione d'uso chiesto ed ottenuto nel 2005.
4. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Campofranco ed il controinteressato Vitellaro Francesco che, con rispettive memorie, hanno contrastato le ricorrente addotte censure e concluso per il rigetto del ricorso (e la difesa dell'Amministrazione sollevando altresì eccezione di inammissibilità).
5. Con ordinanza n. 886/09, confermata con ordinanza del C.g.a. n. 886/09, è stata concessa la richiesta misura cautelare della sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.
6. All'udienza pubblica del 25 maggio 2010, presenti i procuratori delle parti che hanno insistito nelle rispettive domande e conclusioni, il ricorso, su conforme richiesta degli stessi, è stato posto in decisione.
7. Ritiene il Collegio di dover preliminarmente delibare l'eccezione, sollevata dall'Amministrazione resistente, tesa a revocare in dubbio l'ammissibilità del ricorso per l'asserita carenza di interesse del ricorrente.

Sostiene la difesa del Comune di Campofranco che il ricorso sarebbe inammissibile sotto due profili: il primo dato dall'assenza di uno specifico pregiudizio, in capo al medesimo ricorrente, derivante dalla realizzazione del contestato dehors; il secondo poiché il ricorrente non avrebbe impugnato gli articoli del regolamento che ne disciplinano la realizzazione, la cui applicazione sarebbe adottata da parte ricorrente quale motivo di suo nocumento.

L'eccezione è infondata.

La mancata impugnativa delle disposizioni regolamentari di riferimento non implica una carenza di interesse in capo al ricorrente: ciò, avuto riguardo alla circostanza che, in seno al ricorso, non vengono in contestazione profili di doglianza connessi alla disciplina regolamentare *ex se* considerata e nelle sue connotazioni applicative (quali ad esempio le dimensioni del dehors), quanto la materiale allocazione della struttura in prossimità dell'immobile di proprietà del ricorrente, come si evince dalla documentazione fotografica versata in atti..

L'interesse di quest'ultimo è, invero, da ritenersi radicato dall'essere, lo stesso, proprietario dell'immobile adiacente alla porzione di suolo pubblico interessata alla realizzazione dell'intervento edilizio, immobile nel quale egli esercita un'attività imprenditoriale (barbiere). Non è, infatti, aprioristicamente escludibile che la realizzazione del dehors, peraltro in (dedotto) contrasto con le prescrizioni normative di riferimento, possa determinare una rilevante e pregiudizievole alterazione del preesistente assetto nella fruibilità dei luoghi, con ciò giustificando un interesse personale alla conservazione e salvaguardia delle caratteristiche insediative dell'ambiente circostante ed alla conseguente legittimazione ad avvalersi dei mezzi di tutela giurisdizionale previsti dalla legge (oltre che espressione dei relativi noti principi costituzionali).

La sussistenza di uno specifico interesse in capo al ricorrente è il presupposto - con ciò anticipando la relativa trattazione - della censura, ritenuta dal Collegio

fondata, svolta in seno al quinto motivo del ricorso introduttivo, con cui si deduce l'omessa comunicazione di avvio del procedimento amministrativo di rilascio del provvedimento concessorio ai sensi della l. n. 241 del 1990.

La posizione di controinteresse (dell'odierno ricorrente) nel procedimento, e il corrispondente interesse all'ottenimento della pronunzia giurisdizionale, si risolvono, invero, in una sintesi che rispecchia la posizione passiva del ricorrente rispetto all'attività amministrativa posta in essere dal Comune resistente ed al documento che la stessa, come detto, può potenzialmente cagionare.

L'Amministrazione, infatti, ricevuta l'istanza di concessione del suolo pubblico e di realizzazione del dehors, avrebbe dovuto provvedere, ai sensi della richiamata disposizione, alla comunicazione di avvio del procedimento anche nei confronti del sig. Schillaci, considerato che il medesimo rivestiva la qualità di controinteressato procedimentale, «facilmente individuabile» (art. 7 l. n. 241 del 1990), figura in favore della quale la legge dispone che la ridetta comunicazione debba essere inviata.

L'omissione di siffatta comunicazione e, ad un tempo, la (conseguente) preclusione di qualsivoglia attività partecipativa del controinteressato (procedimentale) hanno, dunque, reso difettoso il provvedimento, e ciò sia in termini di mancata comparazione dei diversi interessi in conflitto, sia, necessariamente ed in via derivata, per l'assenza di una compiuta motivazione in termini di «significato».

8. In ordine agli altri motivi di censura si osserva quanto segue.

9. Con il primo motivo parte ricorrente deduce la violazione delle regole procedurali sulla base delle quali - sostiene - l'Amministrazione, prima di emanare i provvedimenti impugnati, avrebbe dovuto acquisire i pareri dei diversi uffici siccome stabilito dal regolamento che disciplina la realizzazione dei dehors.

In realtà, a differenza di quanto sostenuto da parte ricorrente, i pareri risultano essere resi, e per il vero, essi appaiono anche corredati da contenuti dotati del

carattere della compiutezza motivazionale: tuttavia ne viene anche contestato il profilo formale e ciò con specifico riferimento a quello reso dall'Area tecnico-ambientale del Comune di Campofranco. Di quest'ultimo il ricorrente deduce l'illegittimità, poiché lo stesso avrebbe dovuto essere reso, in tesi, dal Settore Edilizia privata dello stesso Comune, siccome previsto dal regolamento. L'Amministrazione replica affermando che l'ufficio edilizia privata sarebbe incardinato nell'ambito dell'Area tecnico-ambientale, per cui detto parere deve ritenersi validamente rilasciato dall'ufficio preposto siccome previsto dal regolamento.

Anche la difesa del controinteressato sostiene che il rilascio della concessione sarebbe avvenuto nel rispetto della normativa vigente ed in osservanza di quanto stabilito dall'apposito regolamento in materia approvato dal Consiglio comunale.

Il motivo è infondato.

La doglianza muove dal solco dei requisiti di ordine formale che difetterebbero nel surrichiamato parere, e ciò con particolare riferimento alla asserita incompetenza dell'Area tecnico-ambientale a provvedervi.

Sul punto deve ritenersi, come detto, che tutti i pareri previsti dal regolamento siano qui validamente e regolarmente resi, quantunque gli uffici precedenti non risultino coincidere, quanto alla loro denominazione, con quelli astrattamente previsti dal regolamento consiliare che disciplina la realizzazione dei dehors e la prodromica attività procedimentale di autorizzazione.

Va osservato, e ciò in linea con la tesi della difesa dell'Amministrazione, che il Comune resistente è annoverabile tra quelli di piccole dimensioni, privi di personale con qualifica dirigenziale, il cui assetto organizzativo, data l'entità demografica, è caratterizzato da un'allocazione delle strutture organizzative in pochissime «aree», «settori» o «direzioni» di riferimento, la cui individuazione è unicamente rimessa al regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi, il

quale costituisce la naturale sede di individuazione delle competenze di ciascuna unità organizzativa.

Non a caso, infatti, quanto a quest'ultima tipologia di regolamenti, la legge regionale ne ha sottratto la competenza al consiglio comunale (e provinciale) per trasferirla alla giunta, e ciò ai sensi dell'art. 35, comma 2 bis, della l. n. 142 del 1990, siccome richiamato in ambito regionale dall'art. 2, comma 3, della l.r. n. 23 del 1998.

Nel caso di specie, dunque, ferma restando la circostanza che tutti i pareri previsti dal regolamento risultano essere stati effettivamente resi, e che gli stessi esprimono, quanto al merito dell'intervento, una compiuta valutazione dello stato dei luoghi, va ritenuto, limitatamente a quello reso dall'Area tecnico-ambientale, che lo stesso sia stato reso da un organo burocratico appartenente ad una unità organizzativa titolare di competenze di tipo tecnico ed urbanistico, coincidente con l'unità organizzativa prevista dal regolamento sui dehors.

10. Con il secondo motivo parte ricorrente deduce il vizio di eccesso di potere sotto diversi profili, poiché l'emanazione dei provvedimenti impugnati non sarebbe stata preceduta da apposita istruttoria sulla correttezza dei presupposti per la determinazione della superficie del dehors autorizzabile.

Ed infatti, il ricorrente, in punto di fatto, afferma, con riferimento alla correlazione esistente tra il suolo pubblico occupabile e la superficie dell'immobile preesistente, che:

- il sig. Vitellaro ha presentato un'istanza di autorizzazione all'occupazione di suolo pubblico (per la costruzione del dehors continuativo) di mq. 42, «e ciò sulla base del fatto che il locale in cui lo stesso esercita l'attività sarebbe di mq 45»;
- che la superficie netta del locale in cui il controinteressato esercita la propria attività sarebbe, invece, secondo le risultanze catastali, di mq 32;

- che, sulla base delle superiori risultanze, l'istanza presentata dal sig. Vitellaro recherebbe un'inesatta indicazione della superficie del locale, ciò che avrebbe prodotto la conseguente illegittimità della corrispondente superficie del dehors autorizzata.

L'assenso dato dal Comune all'occupazione del suolo sarebbe, dunque, illegittimo, alla luce anche dell'addotto difetto di istruttoria involgente gli elementi conoscitivi forniti dal controinteressato.

La difesa dell'Amministrazione replica alle doglianze del ricorrente sostenendo, a sua volta, che:

- l'unico dato rilevante ai fini della determinazione della superficie occupabile con il dehors sarebbe quello contenuto nell'autorizzazione per l'attività di pubblico esercizio (così come previsto dal regolamento), nella quale sono indicate, espressamente in mq. 45, le «dimensioni» dell'immobile in cui è svolta l'attività;

- la circostanza che la licenza commerciale sia stata rilasciata anteriormente all'emanazione del regolamento per la disciplina dei dehors, escluderebbe ogni ipotizzabile preordinata utilità in favore del controinteressato derivante dalla dedotta errata indicazione della superficie dell'immobile;

- i dati catastali non assumerebbero alcuna rilevanza nel procedimento in esame e ciò per l'espressa previsione regolamentare che, invero, fa riferimento solo ai dati indicati nella licenza commerciale;

- di regola la consistenza catastale sarebbe inferiore alla superficie reale in ragione dell'asserito computo, con la stessa, limitato ai vani principali.

La difesa del controinteressato, a sua volta, sostiene che la superficie dell'immobile originario sarebbe pari a mq 45 lordi, come peraltro emergerebbe dalla licenza di pubblico esercizio rilasciata in data 1 giugno 2007, e che la dichiarazione sarebbe stata validamente resa, poiché la superficie catastale è, in tesi, di regola, inferiore a quella effettiva.

Il motivo, così come prospettato, è da ritenersi infondato.

L'art. 6 del regolamento approvato con deliberazione del consiglio comunale n. 18 del 19 maggio 2008, stabilisce che la superficie dell'area concedibile è data «dal rapporto tra la superficie destinata ad uso commerciale, definita in metri quadrati nella licenza di pubblico esercizio e la superficie del dehors [...]».

L'Amministrazione giustifica l'aver ritenuto idonea la superficie del locale originario, siccome indicata nell'istanza del controinteressato, poiché è lo stesso regolamento comunale a stabilire che la determinazione della superficie autorizzabile è data, di riflesso, dall'applicazione del parametro legato a quella - indicata nella autorizzazione commerciale - dell'immobile «principale», cui il dehors si «collegherà».

Va, pertanto, ritenuto che il tenore letterale della disposizione regolamentare renda immune il provvedimento dal vizio prospettato, considerato che detta autorizzazione al commercio indica, oggettivamente, una superficie di mq. 45, ben superiore a quella catastale.

Orbene, deve essere precisato che, nel caso di specie, l'Amministrazione non avrebbe potuto fare riferimento né alla superficie catastale né all'intera superficie dell'immobile, quanto, invece, ad avviso del Collegio, alla effettiva «superficie destinata ad uso commerciale», siccome eventualmente «definita» (art. 6 regolamento) dall'autorizzazione alla somministrazione di alimenti e bevande.

Ciò per la semplice ragione che, diversamente opinando, si giungerebbe al risultato che, con riferimento all'area in questione, per la quale il rapporto tra superficie dell'immobile e superficie del dehors, stabilito dal Regolamento, è pari ad 1/1, si avrebbe una superficie complessiva del dehors pari a quella complessiva dell'intero immobile «principale» e, dunque, necessariamente, ben al di sopra di quella che in tale immobile è effettivamente destinata ad uso commerciale (area che dalla cartografia può individuarsi nella zona riservata alla vendita): ciò determinerebbe la

realizzabilità di un dehors con una superficie più estesa di quella «ad uso commerciale» prevista nell'immobile principale, e ciò in contrasto con il regolamento che, giammai, ammette una tale inversione del rapporto immobile principale/dehors.

Va, altresì, osservato che l'autorizzazione del 1° giugno 2007 cui l'Amministrazione ha fatto riferimento per la determinazione dello spazio pubblico occupabile, invero, non reca la «definizione» (recte: delimitazione) della «superficie ad uso commerciale» quanto, invece, quella dell'intero immobile, cosicché detta autorizzazione non avrebbe potuto costituire, in ogni caso, parametro idoneo a soddisfare la previsione regolamentare per la determinazione della richiamata superficie concedibile.

11. Con il terzo motivo parte ricorrente deduce l'illegittimità dei provvedimenti impugnati poiché la relazione tecnica allegata all'istanza presentata dal sig. Vitellaro è stata predisposta dal Geom. Alessandro Di Leo, componente della Giunta comunale, con delega per il settore dei lavori pubblici e dell'urbanistica.

Tale circostanza di fatto non è contestata da controparte.

La doglianza si fonda sull'asserita violazione dell'art. 78 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e dei principi di imparzialità, di buona amministrazione e di trasparenza dell'azione amministrativa, dei quali la norma ivi contenuta è espressione.

L'Amministrazione sostiene che dalla violazione del richiamato art. 78 non possa derivare una causa di invalidità del provvedimento amministrativo e ciò in quanto:

- l'Assessore Di Leo si è limitato a redigere una relazione tecnica poi allegata all'istanza presentata dal controinteressato;
- la norma non disciplinerebbe un'ipotesi di «conflitto di interessi», posto che essa si riferisce ai membri della giunta, privi di poteri provvedimentali;
- la norma non sarebbe applicabile poiché la Regione Siciliana avrebbe diversamente legiferato ai sensi dell'art. 14 dello Statuto regionale, e, segnatamente,

con l'art. 176 della l.r. 15 marzo 1963, n. 16 (cfr. pag. 9 memoria del 14 maggio 2010).

Analoghe considerazioni sono svolte dalla difesa del controinteressato.

Il motivo è fondato.

L'art. 19, comma 1, della l. 3 agosto 1999, n. 265 ha stabilito che «i componenti la giunta comunale competenti in materia di urbanistica, di edilizia e di lavori pubblici devono astenersi dall'esercitare attività professionale in materia di edilizia privata e pubblica nel territorio da essi amministrato». La disposizione, per effetto dell'art. 31 della stessa legge, è stata trasposta, con contestuale abrogazione espressa, all'art. 78, comma 3, del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico degli enti locali)

A seguito della riforma delle autonomie territoriali intervenuta con la surrichiamata legge delega e con il successivo Testo unico, anche la Regione Siciliana ha approvato nuove norme sull'ordinamento degli enti locali, e ciò con l.r. 23 dicembre 2000, n. 30.

Con tale legge il legislatore regionale ha richiamato, riproponendole, molte disposizioni già oggetto della nuova disciplina statale, ma ciò con limitato riferimento a taluni specifici ambiti ivi già regolati.

Tra le disposizioni che non sono state rese oggetto di una trasposizione formale in ambito regionale vi è quella in argomento, contenuta all'art. 78, comma 3, del d. lgs. n. 267 del 2000, riguardante il divieto per i componenti della giunta comunale di svolgere l'attività professionale in argomento e soprarichiamata.

Le questioni che qui vengono in rilievo riguardano:

- a) l'applicabilità o meno di tale disposizione statale in ambito regionale pur in assenza di un «recepimento» espresso;
- b) se la violazione del previsto divieto di svolgere l'attività professionale di tipo «tecnico» possa cagionare o meno l'illegittimità del provvedimento amministrativo.

Va preliminarmente ricordato che, nella fase di prima applicazione del d. lgs. n. 267 del 2000, la dottrina aveva ritenuto non applicabile in ambito regionale la disposizione di cui al comma 3 dell'art. 78, e ciò nella considerazione che si trattasse della disciplina di un'ulteriore causa di incompatibilità, in quanto tale, oggetto della potestà legislativa esclusiva della Regione Siciliana in materia, già in precedenza regolata da altra normativa regionale (*cf.*, fra le diverse, l.r. n. 31 del 1986, art. 12 l.r. n. 7 del 1992): cosicché, in difetto di specifica disposizione di richiamo, il divieto (per i componenti della giunta competenti in materia di edilizia e di urbanistica di svolgere attività professionale nel territorio da essi amministrato) ivi contenuto era da ritenere inapplicabile ed inefficace.

Tale interpretazione va resa oggetto di una rimediazione.

Ed invero, la pronuncia giurisprudenziale richiamata da parte resistente (Corte d'Appello di Salerno, n. 274/2000), peraltro riportata in numerosi pareri del Ministero dell'Interno resi sulle modalità applicative della disposizione in argomento, esclude che il divieto di svolgere attività professionale costituisca una nuova ipotesi di incompatibilità, ciò che in realtà spiega il perché la Regione Siciliana, con la l.r. n. 30 del 2000, pur avendo riprodotto - talora con modifiche - numerose disposizioni prima contenute sia nella l. n. 265 del 1999 e, dopo, nel d. lgs. n. 267 del 2000, non ha ritenuto di dover richiamare quella in argomento.

Tale spiegazione è da ricercarsi, ad avviso del Collegio - sul punto non condividendo le argomentazioni svolte nel parere dell'Ufficio Legislativo e Legale della Regione Siciliana (Gruppo II/ 7.11.00) e versato in atti da parte controinteressata - nella natura di siffatta previsione, la quale, più che introdurre, come detto, una nuova causa di incompatibilità, ha in realtà posto un vero e proprio divieto di legge in capo ai professionisti titolari di carica pubblica, così concretamente incidendo sullo statuto professionale dei professionisti titolari della richiamata carica pubblica.

La Regione Siciliana non ha richiamato siffatta disposizione, né, peraltro, poteva provvedervi secondo i criteri propri della cd. competenza legislativa primaria, trattandosi di materia, quella delle «professioni» - alla quale la fattispecie in argomento, non costituendo una nuova causa di incompatibilità, sembra riconducibile - affidata, con la riforma del Titolo V della Costituzione, alla legislazione concorrente di cui all'art. 117, comma 3 Cost., ciò che la rende oggetto di applicazione nella Regione Siciliana, nelle more di un apposito intervento legislativo a livello regionale (cfr. art. 1 l. 5 giugno 2003, n. 131, recante «Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla L.Cost. 18 ottobre 2001, n. 3»).

Né può accedersi alla sottile linea argomentativa della difesa dell'Amministrazione, secondo cui, sotto un primo profilo, la fattispecie non riguarderebbe un'ipotesi di «conflitto di interessi» e, sotto altro aspetto, la Regione si sarebbe dotata una corrispondente disciplina già con l'art. 176 della l.r. n. 16 del 1963 (ordinamento degli enti locali – o.r.e.l.), ciò che escluderebbe l'efficacia della disposizione statale in sede regionale.

Quanto al primo profilo, se può concordarsi con il richiamato arresto giurisprudenziale che la fattispecie non riguardi una nuova ipotesi di incompatibilità non può, alla stessa stregua, condividersi, ad avviso del Collegio, l'assunto di parte resistente, secondo cui essa non disciplinerebbe un'ipotesi di conflitto di interessi quale quello di odierna trattazione. Sul punto, va osservato che appare indubbio che l'art.78, comma 3, del d. lgs. n. 267 del 2000 abbia inteso disciplinare l'attività professionale (privata) dei titolari di uffici pubblici, nell'ambito del territorio da essi amministrato, in special modo in quei settori potenzialmente conflittuali con l'ente territoriale, pur non comminando, in caso di inosservanza, la decadenza degli amministratori dalla carica ricoperta.

Nel caso in esame, il componente della Giunta non solo non si è astenuto - in violazione della legge - dallo svolgere attività professionale nel territorio, ma l'ha pure svolta attivamente in relazione ad un procedimento edilizio di competenza del Comune (inteso quale Amministrazione pubblica) da esso amministrato.

Quanto al secondo profilo, ossia sull'asserita preesistente legislazione regionale, va osservato che l'art. 176 dell'o.r.e.l. disciplina la diversa ipotesi dell'obbligo di astensione degli amministratori «dalle deliberazioni e dalla partecipazione a servizi ed appalti» e che la medesima disposizione risulta, ormai, in parte superata da quella contenuta nell'art. 78, comma 2, del d. lgs. n. 267 del 2000, siccome riproposto, in ambito regionale, con il corrispondente art. 16, comma 1, della l.r. n. 30 del 2000: è la stessa allocazione topografica della disposizione a dimostrare come, in realtà, la disciplina dell'obbligo di astensione costituisca ben altra fattispecie rispetto a quella del divieto posto agli assessori-professionisti «locali», di guisa che può tranquillamente affermarsi che, in ordine a tali aspetti, la Regione non ha mai legiferato.

Da ultimo, avuto ancora riguardo all'applicazione nella Regione Siciliana, va considerato che la disposizione contenuta nell'art. 78 del d. lgs. n. 267 del 2000 è espressione del principio di imparzialità e di buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione, irrilevante, ovviamente, il mancato formale richiamo - con la l.r. n. 30 del 2000 - del principio secondo cui «il comportamento degli amministratori, nell'esercizio delle proprie funzioni, deve essere improntato all'imparzialità e al principio di buona amministrazione, nel pieno rispetto della distinzione tra le funzioni, competenze e responsabilità [...]» (art. 77, comma 1, d. lgs. n. 267 del 2000).

Ciò precisato, quanto alle conseguenze della violazione del divieto di esercitare l'attività professionale *de qua*, ritiene il Collegio che sia da respingere una lettura della norma tendente a ritenere la stessa priva di sanzioni.

Se è vero, come detto, che la predetta previsione non cagiona la decadenza dell'amministratore, a parte le conseguenze sul piano professionale per la violazione delle regole deontologiche (nonché, eventualmente, quelle penali ex art. 323 c.p.) non può altrettanto affermarsi la legittimità, in astratto, di un procedimento amministrativo, di competenza del Comune, nel quale il professionista svolge le funzioni assessoriali, ed al quale detto professionista abbia partecipato nella qualità: nel caso di specie, la produzione degli elaborati tecnici a corredo dell'istanza è financo considerata essenziale dal regolamento sui de hors (cfr. art. 8, comma 1 lett. *d* ed *h*).

In altre parole, l'istanza del controinteressato, sol perché proposta sulla base di documenti tecnici redatti nell'esercizio di attività professionale da parte di soggetto soggiacente al divieto in argomento, non poteva ritenersi accoglibile, e ciò sulla base della considerazione che la predetta attività professionale non solo ha inciso, per la sua natura e per i suoi contenuti, in maniera significativa sull'azione amministrativa, quantunque formalmente condotta da altri organi, ma anche perché essa ha reso l'istanza dell'odierno controinteressato illegittimamente proposta.

Né coglie nel segno l'argomentazione secondo cui tale illegittimità non potrebbe ipotizzarsi stante l'assenza di poteri provvedimentali in capo ai componenti della giunta: è sufficiente, in tal senso, osservare che il divieto di cui all'art. 19 della l. n. 265 del 1999 prima, e dell'art. 78, comma 3, del d. lgs. n. 267 del 2000, poi, è stato introdotto dal legislatore non solo (già) in assenza di un non meglio definito generale potere monocratico provvedimentale dei componenti della giunta, ma anche in un momento in cui il sistema ordinamentale degli enti locali sia statale che regionale aveva, da tempo, puntualmente sottratto ogni competenza in materia di edilizia ed urbanistica agli organi politici per assegnarlo agli organi burocratici (cfr.

l. n. 127 del 1997, l. n. 191 del 1998; per la Sicilia, v. art. 2, comma 3 l.r. n. 23 del 1998).

Siffatto espresso divieto è stato dunque inteso, sin dall'origine, dal legislatore quale strumento applicativo dei richiamati canoni di imparzialità e buona amministrazione (oltre che di concorrenza tra i professionisti titolari di cariche pubbliche e quelli privi di tale status), e di tutela anche dei terzi eventualmente controinteressati.

Per le suesposte ragioni, dunque, il provvedimento impugnato non resiste alla dedotta censura.

12. Con il quarto motivo parte ricorrente deduce la violazione degli articoli 7 e 8 della l.r. n. 18 del 1995, poiché, in tesi, non essendosi il Comune dotato del piano per il commercio su aree pubbliche, la concessione di suolo pubblico non avrebbe potuto essere rilasciata (in particolare, ai sensi dell'art. 8, comma 4).

L'Amministrazione sostiene che la mancata adozione del piano in argomento, in assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso, non precluderebbe all'amministrazione comunale il rilascio delle autorizzazioni all'esercizio del commercio su aree pubbliche.

La doglianza è fondata

Sul punto va operata una distinzione tra la previsione legislativa in materia di somministrazione di alimenti e bevande su aree pubbliche recata in sede statale e quella contenuta nella l.r. n. 18 del 1995.

Partendo da quest'ultima, il campo di applicazione della stessa ricomprende le attività di somministrazione di alimenti e bevande svolte:

«a) su aree date in concessione per un periodo di tempo pluriennale per essere utilizzate quotidianamente dagli stessi soggetti durante tutta la settimana. Viene definito uso quotidiano per tutta la settimana l'utilizzazione della superficie concessa per almeno cinque giorni la settimana;

b) su aree date in concessione per un periodo di tempo pluriennale per essere utilizzate solo in uno o più giorni della settimana indicati dall'interessato;

c) su qualsiasi area, purché in forma itinerante» (art. 1 comma 2 l.r. n. 18 del 1995).

La disciplina statale di cui al d. lgs. n. 114 del 1998 reca, invece, un ambito di intervento più ristretto, stabilendo che «il commercio sulle aree pubbliche può essere svolto:

a) su posteggi dati in concessione per dieci anni;

b) su qualsiasi area purché in forma itinerante».

La differenza tra la legislazione regionale («confermata» dall'art. 2 della l.r. n. 28 del 1999) e quella statale è data dalla estensione del campo di applicazione di quella regionale allo svolgimento dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande, in forma non itinerante, su aree pubbliche date in concessione, anche disgiunta dalla concessione di posteggi in mercati giornalieri o settimanali.

Così delineato l'ambito della normativa di riferimento, va rilevato che l'art. 8, comma 4, della l.r. n. 18 del 1995 stabilisce che «l'ampiezza complessiva delle aree destinate allo esercizio del commercio su aree pubbliche [...]», è stabilita «dal consiglio comunale sentita la commissione di cui all'articolo 7, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge e successivamente almeno ogni quadriennio[...]».

Va dunque ritenuto che tale provvedimento di competenza consiliare - integrativa di quella generale sugli atti fondamentali di cui all'art. 1 della l.r. n. 48 del 1991 - assuma natura programmatica e ricomprenda anche i dehors o gazebo allocati su suolo pubblico e destinati alla somministrazione di alimenti e bevande: si tratta di una deliberazione finalizzata a contemperare più interessi, pubblici e privati, connessi alle caratteristiche economiche del territorio, alla densità della rete distributiva e della presumibile capacità di domanda, all'adeguato equilibrio con le

installazioni commerciali a posto fisso e le altre forme di distribuzione in uso (cfr. secondo periodo art. 8 comma 4 l.r. n. 18 del 1995).

Nel caso di specie non può neppure darsi una lettura del regolamento comunale quale avente carattere assorbente di tali contenuti programmatici: quest'ultimo, infatti, pur disciplinando dettagliatamente il procedimento di rilascio delle autorizzazioni per la realizzazione dei dehors, non reca alcun ambito di disciplina degli elementi di cui all'art. 8 della l.r. n. 18 del 1995, cosicché non può ritenersi, ad avviso del Collegio, soddisfatto l'obbligo della preliminare determinazione dell'ampiezza complessiva delle aree destinate all'esercizio del commercio su area pubblica dalla stessa legge stabilito.

Da ultimo, non può essere condivisa la posizione della difesa dell'Amministrazione circa la possibilità che, pur in assenza del predetto strumento programmatico di settore, l'Amministrazione possa comunque procedere al rilascio delle autorizzazioni di che trattasi.

Sul punto basti richiamare l'orientamento della giurisprudenza, anche di questa Sezione che, in ordine ad analoga fattispecie (Tar Sicilia, Sez. III, ord. 12 marzo 2010, 226) ha ritenuto prodromica ed imprescindibile l'attività di programmazione, e ciò sulla base dei principi espressi dalla Corte costituzionale in tema di limiti al diritto di iniziativa economica privata soggetta ad autorizzazione, e correlato obbligo di previa pianificazione di settore (Corte cost. 17 luglio 2002, n. 355).

13. Residua il profilo di censura contenuto nel quinto motivo, con cui il ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento di autorizzazione alla realizzazione del dehors poiché l'intervento avrebbe dovuto costituire oggetto di concessione edilizia.

Nel caso di specie, secondo la tesi difensiva, con la dismissal delle ante dell'attuale accesso verrebbe effettuata non solo una nuova costruzione ma anche

la modifica di quella esistente, con conseguente nuova creazione, in tesi, di una diversa unità immobiliare.

La censura merita condivisione.

La deroga dall'obbligo di concessione (od autorizzazione laddove sia questo il titolo abilitativo richiesto) per i «gazebo coperti», come definiti a pag. 3 della relazione tecnica redatta dal Prof. Arch. Giuseppe Carta, su incarico del controinteressato Vitellaro Francesco e depositata in data 18 dicembre 2009, attiene - ammesso che si possa qualificare tale opera quale «precaria» - ai casi, diversi da quello per cui è causa, in cui essi insistano su aree private, e ciò per effetto della previsione di cui all'art. 20, comma 4 della l.r. n. 4 del 2003.

Secondo quanto emerge dalla richiamata relazione tecnica (cfr. capitolo «C»), il dehors in argomento è realizzato secondo le seguenti caratteristiche costruttive:

- a) struttura in legno lamellare;
- b) schermi perimetrali con pannelli in legno e vetro di sicurezza;
- c) copertura inclinata rivestita con coppi siciliani;
- d) all'interno, travi di legno e pannelli di copertura e sostegno delle tegole appoggiate alle travi, «unite alle pareti in muratura esistenti ma facilmente smontabili».

Siffatte caratteristiche tecniche della struttura, realizzata su suolo pubblico, nonché il perdurante previsto utilizzo della stessa nel tempo, costituiscono elementi sufficienti ad escludere il carattere della cd. precarietà strutturale nell'accezione ormai delineata dalla giurisprudenza, ciò che impone l'assoggettamento dell'intervento edilizio in argomento al regime di concessione edilizia.

14. Per le suesposte ragioni, assorbiti i residui profili di censura, compresi quelli dedotti con i motivi aggiunti, poiché ininfluenti od irrilevanti ai fini della presente decisione, il ricorso introduttivo va accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti con lo stesso impugnati ed in epigrafe indicati.

15. Le spese seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati e nella stessa epigrafe indicati.

Condanna il Comune di Campofranco, in persona del Sindaco *pro tempore*, ed il controinteressato Vitellaro Francesco alla rifusione, in ragione due terzi e un terzo, in favore del ricorrente, delle spese processuali e degli onorari di causa che liquida in complessivi € 2.000,00 (euro duemilaezerocentesimi) oltre IVA e CPA come per legge; pone a carico dell'Amministrazione la rifusione dell'importo del contributo unificato;

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Maria Cappellano, Referendario

Giuseppe La Greca, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO