Pubblicato il 01/10/2024

N. 03213/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01537/2020 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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1537 del 2020, proposto da Edil Project S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Caminiti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Capo D'Orlando, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Dini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 17273 del 08/07/2020, notificato alla ricorrente in data 09/07/2020, con il quale il Comune di Capo d'Orlando - Area Urbanistica/Edilizia, ha rigettato l'istanza di rilascio del chiesto permesso di costruire prot. n. 45/2019;
- di tutti gli atti ad esso presupposti, precedenti e/o successivi quali:

- la nota del 17/03/2020 del Comune di Capo d'Orlando - Area Urbanistica/Edilizia, avente ad oggetto "Preannuncio rigetto istanza permesso di costruire" e presupposto parere del 18/02/2020;
- ogni altro atto o provvedimento presupposto, conseguente, collegato e/o presupposto e comunque connesso, quale l'art. 2 del Regolamento Comunale approvato con delibera di C.C. del 16.02.2019, con il quale sono stati stabiliti i "criteri per l'attuazione della cessione della cubatura e trasferimento di volumetrie di cui all'art. 22 della legge regionale n. 16/2006";

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Capo D'Orlando;
Visti tutti gli atti della causa;
Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;
Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 1 luglio 2024 il dott. Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 7 ottobre 2020 e depositato il 2 novembre successivo, la società ricorrente, premesso di essere proprietaria di un appezzamento di terreno sito presso il Comune di Capo d'Orlando, ha impugnato il provvedimento indicato epigrafe con cui, confermando quanto comunicato nel preavviso di diniego, il predetto Comune ha definitivamente rigettato l'istanza diretta ad ottenere il permesso di costruire un fabbricato tramite delocalizzazione di cubatura, ritenendo che *"la delocalizzazione dei diritti edificatori non è ammessa in area destinata a verde pubblico*

attrezzato (oggi area bianca), come previsto dall'art. 2 comma 5 del Regolamento di delocalizzazione approvato con Delibera di Consiglio n. 8 del 06.02.2019".

Ha articolato le seguenti censure:

1) *"Illegittimità del provvedimento per carenza dei presupposti di fatto – Violazione dell'art. 5 c.1 della l. 106/2011, dell'art. 47 c. 18 della l.r. Sicilia n. 5/2014 e dell'art. 22 della l.r. 22/2016 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 9 del d.p.r. 380/2011 (t.u. edilizia)".*

In punto di fatto, parte ricorrente premette di aver presentato un'istanza al fine di ottenere il permesso di costruire per la realizzazione di un fabbricato in cemento armato (composto da piano cantinato, piano terra e volume tecnico con annessa veranda coperta) mediante applicazione dell'istituto della delocalizzazione di diritti edificatori: in particolare, il fabbricato sarebbe stato realizzato su un terreno (di cui al catasto terreni fg. 13 part. 1275), avente destinazione urbanistica zona "Verde pubblico attrezzato" (oggi zona bianca, dal momento che i vincoli imposti con il PRG approvato nel 2007 sarebbero decaduti nel 2012, stante il disposto dell'art. 1 della l.r. 38/73), mentre i diritti edificatori sarebbero stati trasferiti da un immobile (di cui al fg. 15, part. 239), ricadente in "zona E". Ciò premesso, ricostruito il quadro normativo – nazionale e regionale - in materia di cessione di cubatura, il ricorrente deduce che la delocalizzazione dovrebbe ritenersi ammessa in relazione alla particella 1275 in quanto, stante la decadenza del vincolo, l'area (da considerare "zona bianca") sarebbe riconducibile alle previsioni di cui all'art. 9, comma 3, d.P.R. n. 327/2001 che, a propria volta, rimanderebbe all'art. 9 del d.P.R. n. 380/2001, con limitate possibilità edificatorie per il proprietario. Conseguentemente, secondo il ricorrente, pur gravando sul terreno in questione il limite di cubatura di cui al citato art. 9 d.P.R. n. 380/2001, la realizzazione del fabbricato dovrebbe ritenersi comunque consentita mediante la delocalizzazione dei diritti edificatori di cui all'art. 22, l.r. n. 16/2016.

2) *"Illegittimità dell'atto impugnato per carenza di motivazione e/o per manifesta illogicità della stessa, poiché basata sull'applicazione dell'art. 2 del* Regolamento *comunale approvato con delibera di c.c. del 16/02/2019 del comune di Capo d'Orlando – necessaria disapplicazione dello stesso poiché in contrasto con norme gerarchicamente superiori".*

Il provvedimento impugnato si baserebbe sull'art. 2, comma 5, del Regolamento Comunale approvato con delibera di C.C. del 16.02.2019 (recante *"criteri per l'attuazione della cessione della cubatura e trasferimento di volumetrie di cui all'art. 22 della legge regionale n. 16/2006"*). Tale regolamento, ponendosi in contrasto con la citata normativa nazionale e regionale che prevede l'applicabilità dell'art. 9 d.P.R. n. 380/2001 nelle c.d. zone bianche (con conseguente possibilità di delocalizzare i diritti edificatori), dovrebbe tuttavia essere disapplicato. Inoltre l'Amministrazione non avrebbe tenuto conto della circostanza che il terreno destinato ad ospitare il fabbricato confini, su due lati, con strade completamente urbanizzate e si interponga tra un'area destinata a zona "B" e altra area identificata quale Verde Agricolo, omettendo di motivare il diniego in relazione alla situazione concreta della zona nella quale il privato chiedeva di edificare, nonché in relazione alla sua urbanizzazione primaria e secondaria. A sostegno delle proprie argomentazioni il ricorrente evidenzia di aver richiesto all'ente, con nota del 25 giugno 2020, di attribuire ai terreni di sua proprietà una nuova destinazione urbanistica; sulla detta istanza, tuttavia, l'Amministrazione non si sarebbe pronunciata. Infine evidenzia come il regolamento posto a fondamento del diniego avversato sia stato emesso due giorni dopo la presentazione dell'istanza.

3) *"Illegittimità dell'atto per violazione e falsa applicazione dell'art. 20 del t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al decreto del presidente della repubblica 6 giugno 2001, n. 380 - mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento".*

Il provvedimento impugnato sarebbe comunque illegittimo poiché l'Amministrazione non avrebbe considerato che sull'istanza presentata dal privato si

sarebbe formato il silenzio assenso ai sensi dell'art. 20 d.P.R. n. 380/2001 e dell'art. 29, l.r. n. 7/2019. Il preavviso di rigetto ed il provvedimento finale, infatti, sarebbero pervenuti alla ricorrente rispettivamente, a distanza di tredici e di diciassette mesi dalla data di presentazione dell'istanza, ossia quando sulla stessa si sarebbe perfezionato il provvedimento tacito di assenso.

Per resistere al ricorso e sostenere la legittimità del provvedimento impugnato si è costituito in giudizio il Comune di Capo d'Orlando.

Alla camera di consiglio del 19 novembre 2020, la domanda cautelare è stata respinta (ord. n. 796/2020).

All'udienza di smaltimento dell'arretrato del giorno 1 luglio 2024, tenutasi da remoto, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Viene in decisione il ricorso avente ad oggetto il provvedimento con cui il Comune di Capo d'Orlando ha rigettato l'istanza di permesso di costruire presentata dalla parte ricorrente sul presupposto della ritenuta inapplicabilità – in base alle disposizioni regolamentari comunali – dell'istituto della delocalizzazione di cubatura.

Con i primi due motivi, che possono essere congiuntamente esaminati in quanto strettamente connessi, la società ricorrente censura il provvedimento di diniego del permesso di costruire per violazione di legge ed eccesso di potere sostenendo che, poiché sul terreno indicato dal progetto sarebbero scaduti i vincoli volti all'esproprio che fissavano la destinazione a verde pubblico attrezzato, andrebbe assentita l'edificazione prevista dall'art. 9 del T.U. Edilizia con riguardo alla c.d. "zona bianca". Per l'effetto, dovrebbe essere consentita anche la delocalizzazione di volumetrie, non potendo trovare ingresso la limitazione posta dal Regolamento di delocalizzazione del Comune di Capo d'Orlando, adottato con Delibera del

Consiglio Comunale n. 8 del 6.02.2019, che anzi andrebbe disapplicato perché in contrasto con la normativa gerarchicamente superiore vigente.

Dette censure sono infondate per le ragioni di seguito illustrate.

Giova premettere che l'art. 22 l.r. Sicilia n. 16/2016 (rubricato *"Cessione di cubatura e trasferimento di volumetrie"*) dispone al primo comma che: *"Ai fini della cessione dei diritti edificatori, di cubatura e di trasferimento di volumetrie, si applica quanto previsto dall''articolo 5 del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 convertito con modificazioni dall'articolo 1 della legge 12 luglio 2011, n. 106, per la delocalizzazione delle volumetrie in aree e zone diverse ma comunque compatibili per destinazione urbanistica e tipologia edilizia"*.

Il richiamato art. 5 d.l. 13 maggio 2011, n. 70, stabilisce al terzo comma che *"Per garantire certezza nella circolazione dei diritti edificatori, all'articolo 2643 del codice civile, dopo il n. 2), è inserito il seguente: "2-bis) i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale"*.

Il Comune intimato, nell'esercizio dei propri poteri regolamentari (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 21/11/2016, n. 4861, ove è chiarito che *"il trasferimento di diritti edificatori trova il proprio limite, oltre che in eventuali discipline speciali della legislazione urbanistica, nelle statuizioni degli strumenti urbanistici, i quali potrebbero vietare tali operazioni per alcune aree, oppure contenere previsioni inerenti alla determinazione della volumetria realizzabile fondata su criteri incompatibili con il suo trasferimento"*, principi recentemente ribaditi da T.A.R. Catania, sez. II, 16/11/2023, n. 3456), ha adottato con delibera consiliare il regolamento n. 8 del 06.02.2019 (recante *"Criteri per l'attuazione della cessione della cubatura e trasferimento di volumetrie di cui all'art. 22 della legge regionale n. 16/2016"*).

L'art. 2 del detto regolamento, nel definire i criteri generali, subordina la cessione al presupposto *"2) che i due fondi cedente e cessionario ricadano entrambi nella stessa Zona Territoriale Omogenea secondo le previsioni del PRG vigente, o in zone compatibili tra loro per*

destinazione urbanistica e tipologia edilizia ammissibile, così come indicato nella tabella A. L'area di ricaduta può accogliere solo volumi che abbiano la stessa destinazione di quella esistente prevista per l'area sorgente o di decollo".

Il quinto comma dell'art. 2, rilevante nella fattispecie in esame, stabilisce, infine, che *"Preso atto che occorre definire la casistica riepilogativa delle delocalizzazioni volumetriche, o cessione degli indici per singole zone omogenee di PRG o assimilabili come da tabella A, di cui all'articolo 5, comma 9, della legge 12 luglio 2011 n. 106, si indicano tra gli interventi ammessi alla delocalizzazione volumetrica, quelli di seguito indicati:*

TABELLA A. Prospetto riepilogativo delle delocalizzazioni volumetriche/cessione degli indici tra zone omogenee o assimilabili (art. 5, c. 9, Legge 106/201, art. 14 DPR 380/2001)

Area Decollo - Area di atterraggio

BCA - Non ammessa

B0.S - Non ammessa

[....]

E1/VERDE PRIVATO/ATA - E1/VERDE PRIVATO con indice edificatorio (agricolo) pari a 0,03 ed un massimo di cubatura insediabile pari a 400 mc.

La delocalizzazione in aree agricole è consentita con le modalità previste per il verde agricolo".

Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, osserva il Collegio che le citate disposizioni, nel definire i criteri di compatibilità tra Zone Territoriali Omogenee (laddove queste non coincidano), si pongono in linea con la normativa nazionale di riferimento, rappresentando la declinazione del principio – di origine pretoria e successivamente cristallizzato dal legislatore – secondo cui, a pena di invalidità dell'eventuale asservimento, il trasferimento di cubatura presuppone l'omogeneità di destinazione d'uso tra i due fondi.

Ed invero, come chiarito dal Consiglio di Stato *[…] "il trasferimento di cubatura presuppone omogeneità urbanistica: i fondi devono essere caratterizzati dalla stessa destinazione d'uso territoriale e omogeneità edificatoria e avere identico indice di fabbricabilità originario. Se così*

non fosse sarebbe evidente il pregiudizio per l'attuazione dei complessivi criteri di programmazione edilizia contenuti negli strumenti urbanistici; pregiudizio ancora più manifesto ove fosse consentita la "cessione di cubatura" fra terreni aventi diversa destinazione urbanistica ovvero diverso indice di edificabilità; essendo, infatti, evidente che ove fosse consentito l'asservimento di un terreno avente un indice di fabbricabilità più vantaggioso di quello proprio del terreno asservente, ovvero avente una diversa destinazione, le esigenze di pianificazione urbanistica che avevano presieduto alla scelta amministrativa di differenziare gli indici di edificabilità dei due fondi, ovvero la loro stessa destinazione, rimarrebbero inevitabilmente insoddisfatte"; anche la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato identifica gli ulteriori due presupposti nella contiguità territoriale e nella possibilità che gli stessi strumenti urbanistici vietino, in via immediata e diretta, tali operazioni per alcune aree oppure adottino scelte sui limiti di volumetria che conducano a un esito analogo (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 31/05/2022, n. 4417).

Orbene nel caso di specie non è dato ravvisare alcuna compatibilità tra i caratteri della zona agricola e le c.d. aree bianche (malgrado per queste ultime sia previso un modesto indice di edificabilità), stante l'impossibilità di assimilare le diverse destinazioni dei due fondi e, più precisamente, dei volumi in essi realizzabili; come evidenziato dal C.G.A.R.S. (sentenza n. 45/2021), *"l'asserita compatibilità fra destinazione del fondo cedente e destinazione del fondo ricevente sconta la diversità fra zona residenziale [..] del terreno cedente (la cui destinazione urbanistica è poi mutata a seguito della cessione di cubatura, essendo ricompresa ora in zona "E1", destinato al verde agricolo) e la situazione della zona ricevente, priva di qualificazione pianificatoria e destinata, sulla base del progetto presentato da Ad., a contenere edifici commerciali e, in parte minore, culturali. Ciò specie se si considera che l'art. 23 ter d.P.R. n. 380/2001 qualifica quale mutamento rilevante quello che intercorre fra la zonizzazione in termini di area residenziale, oppure turistico-ricettiva, oppure produttiva e direzionale, oppure commerciale o, ancora, rurale".*

In sostanza, in base alle citate previsioni regolamentari e impregiudicata qualsiasi valutazione sulla sussistenza in concreo degli altri presupposti, non è possibile impiegare un volume *ab origine* destinato a finalità agricole per realizzare un fabbricato ad uso residenziale.

Da quanto fin qui esposto discende da un lato che non può trovare accoglimento l'invocata disapplicazione del regolamento formulata dalla parte ricorrente non ravvisandosi alcuna antinomia rispetto alle fonti di rango superiore; dall'altro che la circostanza secondo la quale il fondo "di atterraggio" ricada nel regime delle aree bianche non è idoneo a superare la questione del difetto di compatibilità tra la destinazione dei due fondi, secondo una valutazione legittimamente effettuata a monte in sede regolamentare e radicalmente ostativa alla delocalizzazione, indipendentemente dalle caratteristiche in concreto presentate dai fondi limitrofi.

Infine, destituito di fondamento è il terzo motivo di gravame, posto che l'istituto del silenzio assenso non può trovare applicazione nel caso in cui la richiesta di permesso di costruire, come nel caso in esame, presupponga una preliminare valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti per la delocalizzazione dei diritti edificatori.

Ed invero secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non v'è motivo di discostarsi, «*la formazione del silenzio assenso sulla domanda di permesso di costruire postula che l'istanza sia assistita da tutti i presupposti di accoglibilità, non determinandosi ope legis l'accoglimento dell'istanza ogniqualvolta manchino i presupposti di fatto e di diritto previsti dalla norma, fermo restando che il silenzio assenso non può formarsi in assenza della documentazione completa prescritta dalle norme in materia per il rilascio del titolo edilizio. Ciò in quanto l'eventuale inerzia dell'Amministrazione nel provvedere non può far guadagnare all'interessato un risultato che lo stesso non potrebbe mai conseguire in virtù di un provvedimento espresso; e tanto perché il silenzio equivale al provvedimento amministrativo e ciò non incide in senso abrogativo sull'esistenza del regime autorizzatorio, che rimane inalterato, ma introduce una modalità semplificata di conseguimento dell'autorizzazione. Sul punto la giurisprudenza è pacifica*

nel ritenere che: a) "ai sensi dell'art. 20, comma 8, D.P.R. n. 380 del 2001, il silenzio assenso previsto in tema di permesso di costruire non si forma per il solo fatto dell'inutile decorso del termine prefissato per la pronuncia espressa dell'Amministrazione e dell'adempimento degli oneri documentali necessari per l'accoglimento della domanda, ma occorre altresì la prova della sussistenza di tutti i requisiti soggettivi e oggettivi a cui è subordinato il rilascio del titolo edilizio, tra i quali rientra, dal punto di vista oggettivo, la conformità dell'intervento progettato alla normativa urbanistico-edilizia. (Consiglio di Stato, Sez. IV, 07/01/2019, n. 113; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 07/01/2019, n. 11; T.A.R. Lazio Roma, Sez. II bis, 16/09/2019, n. 11003).
b) non può formarsi il silenzio assenso sull'istanza di permesso di costruire quando difettino i presupposti della richiesta attività edificatoria ovvero quando l'istanza non è accompagnata da tutti i requisiti previsti dalla legge potendo, in tal caso, il Comune provvedere negativamente anche con provvedimento tardivo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12/07/2018 n. 4273; Cons. Stato, sez. IV, 05/09/2016 n. 3805)» (T.A.R. Palermo, sez. II, 31/03/2020, n. 690; in termini: T.A.R. Napoli, sez. II, 05/01/2023, n. 117).

Dal momento che, per le ragioni in precedenza esposte, l'istanza di parte ricorrente difetta dei requisiti per l'accoglimento – sotto il profilo, qui trattato, della delocalizzazione di cubatura ed impregiudicata ogni valutazione circa ulteriori profili quali, ad esempio, la sussistenza di vincoli sull'area – alcun provvedimento tacito di assenso avrebbe potuto formarsi sull'istanza della società ricorrente.

In conclusione, alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso è infondato e va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'Amministrazione resistente che si liquidano in € 2.000,00 (euro duemila/00), oltre accessori.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mulieri, Presidente, Estensore

Arturo Levato, Primo Referendario

Agata Gabriella Caudullo, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Francesco Mulieri

IL SEGRETARIO