

Pubblicato il 12/06/2018

N. [REDACTED] REG.PROV.COLL.
N. [REDACTED] 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 della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale [REDACTED] del [REDACTED], integrato da motivi aggiunti, proposto da

[REDACTED], rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Ursomando, con domicilio eletto presso lo studio legale Morgera in Napoli, via Manzoni, n. 40 e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Caserta, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Lidia Gallo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Casertano in Napoli, via P. Colletta, n. 12 e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

dell'ordinanza di demolizione del Comune di Caserta prot. [REDACTED]

[REDACTED]

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 27 ottobre 2016:

del provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale [redacted] [redacted] aprile 2016,

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 30 maggio 2017:

dell' "Atto di acquisizione gratuita al patrimonio indisponibile del Comune di Caserta di bene immobile ed opere abusive ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. n. 380 del 06/06/2001", [redacted] - registrato a Caserta il [redacted] [redacted]

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2018 la dott.ssa Rosalba Giansante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Espone in fatto [redacted] [redacted] di essere comproprietaria di un'immobile sito in Caserta, alla via [redacted] realizzato in forza della concessione edilizia [redacted] in variante alla precedente concessione edilizia [redacted] rilasciata a suo padre [redacted]

Riferisce che, in data 15 luglio 1991, veniva altresì rilasciata a [redacted] [redacted] la concessione edilizia [redacted] in variante in corso d'opera della predetta concessione edilizia [redacted], con la quale si assentiva la "realizzazione di un terzo piano abitabile di dimensioni inferiore ai piani sottostanti".

Tale ultima concessione edilizia veniva tuttavia annullata dalla Sezione III di questo Tribunale con sentenza n. [redacted] del 21 febbraio [redacted]

In conseguenza di tale annullamento giudiziale ella ricorrente, divenuta nel frattempo comproprietaria, quale erede del *de cuius* [REDACTED] dell'immobile realizzato in forza delle citate concessioni edilizie, aveva presentato istanza di condono ai sensi della L. n. 724/1994 che, però, otteneva parere negativo, giusta nota [REDACTED]

Avverso il suddetto parere negativo la ricorrente aveva presentato ricorso a questo TAR (dichiarato perento con Decreto Presidenziale [REDACTED] del 10 aprile [REDACTED]).

Nelle more, tuttavia, in data 19 novembre 2004, aveva presentato al Comune resistente un'istanza di condono edilizio ai sensi dell'art. 32 della L. n. 326/2003, assunta al protocollo comunale n. [REDACTED] con nota prot. [REDACTED] del 28 gennaio [REDACTED] aveva altresì presentato una domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica ai sensi dell'art. 181 comma 1 quater del D.Lgs. n. 42/2004, così come modificato ed integrato dalla L. n. 308/2004, art. 1 comma 39.

Esponde infine che, nonostante non fosse stato adottato alcun provvedimento conclusivo del procedimento avviato per l'accertamento della compatibilità paesaggistica dell'immobile realizzato, né in merito alla domanda di condono ex art. 32 della L. n. 326/2003, con ordinanza prot. [REDACTED] dicembre [REDACTED] notificata il [REDACTED], il Comune di Caserta le aveva ordinato la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi delle opere realizzate in forza della concessione edilizia n. [REDACTED].

[REDACTED] ha, quindi, proposto il presente ricorso, ritualmente notificato e depositato in data 28 marzo 2013, con il quale ha chiesto l'annullamento della suddetta ordinanza di demolizione.

A sostegno del gravame sono state dedotte le seguenti censure:

- 1) Violazione e falsa applicazione della legge n. 241/1990, art. 2, comma 1, eccesso di potere, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, violazione del giusto procedimento, contraddittorietà.

Parte ricorrente lamenta che l'amministrazione resistente ha provveduto ad emettere il provvedimento oggetto del presente gravame senza tenere conto della richiesta di riesame di condono prot. n. [REDACTED] presentata in data [REDACTED] novembre [REDACTED] e reiterata con l'istanza prot. [REDACTED] del 28 gennaio [REDACTED] il cui relativo procedimento avviato risulta, allo stato, ancora in fase istruttoria non essendo stato emesso alcun provvedimento di conclusione dello stesso. Tale circostanza è confermata dalla stessa amministrazione resistente nel corpo motivazionale dell'ordinanza di demolizione impugnata.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 32, comma 37, della legge n. 326/2003 dell'art. 21 nonies della legge n. 241/1990, ingiustizia manifesta, eccesso di potere, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, violazione del giusto procedimento, contraddittorietà.

Parte ricorrente sostiene che l'ordinanza di demolizione sarebbe illegittima per essere stata adottata dopo la formazione del silenzio assenso sull'istanza di condono e senza aver preventivamente annullato in autotutela il titolo abilitativo tacito così formatosi.

Con ricorso per motivi aggiunti, ritualmente notificato il 27 settembre [REDACTED] e depositato in data 27 ottobre 2016, la [REDACTED] ha impugnato il provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale prot. n. [REDACTED] del [REDACTED] aprile [REDACTED].

Avverso tale successivo provvedimento la ricorrente, con due motivi di ricorso, ha dedotto le seguenti censure: violazione e falsa applicazione della legge dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380/2001, eccesso di potere, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, violazione del giusto procedimento, contraddittorietà, difetto di motivazione e contraddittorietà con i precedenti atti.

Parte ricorrente, premesso che le opere oggetto dei provvedimenti impugnati riguardano esclusivamente il terzo piano dell'immobile di cui è comproprietaria, unitamente alla propria madre ed al suo germano, deduce le medesime censure proposte avverso l'ordinanza di demolizione, per

illegittimità derivata. Inoltre lamenta l'illegittimità del provvedimento di acquisizione perché avrebbe disposto in modo del tutto generico l'acquisizione dell'intero immobile senza alcuna precisazione e/o indicazione della porzione di immobile effettivamente gravato dai predetti provvedimenti; in particolare l'amministrazione comunale non avrebbe tenuto conto della legittimità della restante parte del fabbricato, né avrebbe giustificato con una puntuale motivazione circa lo specifico interesse pubblico perseguito con l'adozione di tale provvedimento.

Si è costituito a resistere in giudizio il Comune di Caserta deducendo l'infondatezza del ricorso e chiedendone, pertanto, il rigetto.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 4 maggio [redacted] e depositato in data 30 maggio 2017, la [redacted] ha chiesto l'annullamento dell'"Atto di acquisizione gratuita al patrimonio indisponibile del Comune di Caserta di bene immobile ed opere abusive ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. n. 380 del 06/06/2001", [redacted] – registrato a Caserta il [redacted] [redacted].

Parte ricorrente deduce, per illegittimità derivata, le medesime censure dedotte con il primo ricorso per motivi aggiunti, alle quali si rinvia.

All'udienza pubblica del [redacted] maggio 2017 la causa è stata chiamata e assunta in decisione.

Il Collegio ritiene di dover procedere, nell'ordine logico, ad esaminare preliminarmente i motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5) e, pertanto, il secondo motivo del ricorso introduttivo.

Ed invero con tale motivo la [redacted] deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 32, comma 37, della legge n. 326/2003, dell'art. 21 nonies della legge n. 241/1990, i vizi di ingiustizia manifesta, eccesso di potere, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, violazione del giusto procedimento, contraddittorietà, in quanto l'ordinanza di demolizione sarebbe stata adottata allorquando si sarebbe già formato il

silenzio assenso sull'istanza di condono, ai sensi dell'art. 32, comma 37, del 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326, e senza avere preventivamente annullato in autotutela il titolo abilitativo tacito formatosi.

Il motivo è infondato.

Il Collegio, condividendo la giurisprudenza di questo Tribunale, ritiene infatti che nella Regione Campania l'istituto del silenzio assenso previsto dalla legislazione nazionale non possa trovare applicazione, ostandovi le contrarie previsioni contenute nella L.R. n. 10/2004.

Si è infatti osservato che la Corte Costituzionale, con la sentenza 28 giugno n.196, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 37, comma 32, del D.L. 269/2003 per contrasto con gli artt. 117 e 118 Cost. nella parte in cui non prevede che la legislazione regionale possa disciplinare diversamente gli effetti del silenzio protratto oltre il termine ivi previsto dal Comune cui gli interessati abbiano presentato la dichiarazione richiesta ed è in tale prospettiva che la L.R. Campania n. 10/2004, all'art. 7, dispone testualmente che *“le domande di sanatoria sono definite dai comuni competenti con provvedimento esplicito da adottarsi entro ventiquattro mesi dalla presentazione delle stesse [...] Decorso il termine di cui al comma 1, si applicano le disposizioni di cui alla legge regionale 28 novembre 2001 n. 19, art. 4, che disciplinano l'intervento sostitutivo da parte dell'amministrazione provinciale competente”*.

Il chiaro tenore letterale della norma regionale, che in caso di inerzia dell'amministrazione comunale alla scadenza del termine biennale prevede l'intervento sostitutivo da parte della Provincia, non lascia dubbi sulla qualificazione del comportamento del Comune come mero silenzio inadempimento, con la conseguenza che l'inutile decorso del termine di 24 mesi dalla presentazione della istanza di condono non equivale a titolo abilitativo in sanatoria, ma configura un mero inadempimento, avverso il quale, oltre il rimedio amministrativo prescritto, è azionabile la tutela

giurisdizionale ai sensi degli artt. 31 e 117 del c.p.a (cfr. TAR Campania, Napoli, Sez II, 6 marzo 2014, n.1351, Sez II, 17 aprile 2013, n. 2003, Sez. III, 1° giugno 2012 n. 2612).

Coglie, invece, nel segno il primo motivo di ricorso con il quale parte ricorrente deduce le seguenti censure: violazione e falsa applicazione della legge n. 241/1990, art. 2, comma 1, eccesso di potere, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, violazione del giusto procedimento, contraddittorietà.

Parte ricorrente lamenta, in sintesi, l'illegittimità del provvedimento impugnato in quanto l'amministrazione comunale resistente non avrebbe preliminarmente concluso il procedimento relativo all'istanza di condono prot. ██████████ del ██████████, risultante ancora in fase istruttoria.

Ed invero l'art. 38 della legge n. 47/1985 (Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere abusive), applicabile anche al condono edilizio previsto dall'art. 32 del D.L. n. 269/2003, convertito in L. n. 326/2003, stante il richiamo ivi previsto (cfr. commi 25 e 28 di tale articolo), prevede che la presentazione della domanda di condono sospende il procedimento per l'applicazione di sanzioni amministrative. Ne consegue che, nella pendenza della definizione di tali domande, non può essere, tra l'altro, adottato alcun provvedimento di demolizione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 novembre 2016, n. 5028).




Pertanto, quando viene presentata una domanda di condono edilizio, proprio in base al disposto del suddetto articolo, l'amministrazione non può emettere un provvedimento sanzionatorio senza avere prima definito il procedimento scaturente dall'istanza di sanatoria ostandovi i principi di lealtà, coerenza, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, i quali impongono la previa definizione del procedimento di condono prima di assumere iniziative potenzialmente pregiudizievoli per lo stesso esito della sanatoria edilizia (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 10 gennaio 2015 n. 294 e 4 aprile 2012 n. 3101).

Invero, la predetta sospensione *de iure* di ogni attività repressiva degli abusi edilizi paralizza (non solo i procedimenti in corso, bensì anche) l'avvio dei

poteri repressivi comunali, stante l'ontologica e funzionale incompatibilità del loro esercizio sia con la *ratio* della norma primaria, siccome volta, questa, a consentire il recupero dell'attività edilizia posta in essere, che con i principi di lealtà, coerenza, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, i quali impongono la previa definizione del procedimento di condono prima di assumere iniziative, le cui finalità potrebbero essere vanificate dall'esito dell'iter in procinto di essere avviato sulla base della dichiarazione d'impulso ad istanza di parte (richiesta del condono edilizio) (cfr. T.A.R. Campania Napoli Sez. VI, 7 maggio 2014, n. 2481, Consiglio di Stato, 22 gennaio 2013, n. 362)




L'autorità comunale non può dunque adottare provvedimenti sanzionatori di abusi edilizi prima di aver definito, con pronuncia espressa e motivata, il procedimento di concessione in sanatoria, in quanto una volta eventualmente sanato il manufatto realizzato senza titolo edilizio, la pronuncia positiva sarebbe *inutiliter data* e l'eventuale demolizione del bene risulterebbe gravemente illegittima (cfr. T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 8 settembre 2014, n. 1517) mentre nell'ipotesi di diniego della domanda di sanatoria, l'Amministrazione dovrà adottare nuova ingiunzione di demolizione, con fissazione di nuovi termini per la spontanea esecuzione (cfr. T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 4 settembre 2015, n. 4334, T.A.R. Lazio Roma Sez. I quater, 11 settembre 2014, n. 9615).




L'amministrazione è, infatti, tenuta, a fronte della domanda, ad esprimersi anche in senso negativo, circa la sussistenza dei presupposti per la sanabilità dell'intervento (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 1° febbraio 2011, n. 633) non potendo il giudice sostituirsi in nessun caso all'amministrazione, nemmeno per una valutazione in via incidentale della eventuale condonabilità delle opere di cui si tratta (TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 517, Consiglio di Stato Sez. IV, 4 novembre 2005, n. 5273 e 3 maggio 2005, n. 2137).

Passando ad analizzare la fattispecie oggetto di gravame, occorre rilevare che lo stesso Comune di Caserta nel provvedimento impugnato dà atto che   in ” nonché della mancata conclusione del relativo procedimento laddove rappresenta *“che da una verifica degli atti d’ufficio rinvenuti, attese le condizioni di tempo durante inagibilità dei locali archivio del Comune, non risulta effettuato il riesame della richiesta di condono;”*.

Nè può rilevare la circostanza formale, evidenziata dalla difesa del Comune resistente, che gli istanti possano aver qualificato l’istanza di sanatoria quale “istanza di riesame”. Al riguardo deve ritenersi risolutiva la circostanza, peraltro come detto rappresentata dallo stesso Comune nel provvedimento impugnato, che tale domanda sia stata formulata ai sensi dell’art. 32 legge n. 326/03, considerato che, verosimilmente, gli istanti chiedendo il riesame abbiano solo voluto rappresentare che tale istanza concerneva la vicenda già precedentemente esaminata dal medesimo Comune.

Trattandosi di una nuova istanza di condono il Comune di Caserta avrebbe dovuto, pertanto, prioritariamente definirla prima di adottare eventuali provvedimenti sanzionatori.

Conclusivamente il ricorso introduttivo merita accoglimento, con conseguente annullamento dell’ordinanza  dicembre  con la quale il Comune di Caserta ha ordinato la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi delle opere realizzate in forza della concessione edilizia .

Alla luce di quanto sopra devono considerarsi illegittimi anche il provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale del Comune di Caserta p.  e l’“Atto di acquisizione gratuita al patrimonio indisponibile del Comune di Caserta di bene immobile ed opere abusive ai sensi dell’art. 31 del D.P.R. n. 380 del 06/06/2001”  – registrato a Caserta  impugnati

rispettivamente con il primo e secondo ricorso per motivi aggiunti, in quanto atti meramente consequenziali, fondati sull'atto di demolizione presupposto. Ne discende che il Comune di Caserta, quale effetto conformativo della presente sentenza, dovrà esaminare la suddetta istanza di condono e, solo all'esito della stessa, adottare le eventuali determinazioni conseguenti.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese, secondo la regola della soccombenza, vanno poste a carico di parte resistente, nell'importo liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e su ricorsi per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna parte resistente al pagamento di complessivi € 2.000,00 (euro duemila/00) in favore di parte ricorrente, a titolo di spese, diritti e onorari di causa, oltre accessori di legge e rifusione del contributo unificato, qualora dovuto e versato; oneri da distrarre al difensore dichiaratosi antistatario.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere

Rosalba Giansante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Rosalba Giansante

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO