



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 7944 del 2006, proposto da:

Anna Aprea, Anna Petrone e Pasquale Petrone in qualità di eredi di Giovanni Petrone, rappresentati e difesi, giusta procura a margine dell'atto di riassunzione del processo, dagli Avvocati Giovanni Travino e Pasquale Fornao, con i quali elettivamente domiciliano in Napoli, presso lo studio dell'Avvocato De Simone alla via Duomo n. 348;

***contro***

il Comune di Cercola, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso giusta procura a margine dell'atto di costituzione e in virtù della determina n. 370 del 22 maggio 2007 e della determina n. 491 del 6 luglio 2007 dagli Avvocati Maurizio Maiello e Gaetano Giordano, con i quali elettivamente domicilia in Napoli al Corso Umberto I, n. 237;

***per l'annullamento***

del silenzio rigetto sulla domanda di accertamento di conformità urbanistica ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001 presentata al Comune di Cercola in data 21 luglio 2006;

con primi motivi aggiunti, per l'annullamento

dell'ordinanza n. 22 del 28 febbraio 2007 con la quale il dirigente dell'U.T.C. del Comune di Cercola ha dichiarato l'acquisizione al patrimonio comunale dell'opera abusiva realizzata al viale delle Camelie n. 13;

e con secondi motivi aggiunti, per l'annullamento

del provvedimento del 12 aprile 2007 (prot. 5884) con il quale il dirigente dell'U.T.C. del Comune di Cercola ha negato il permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2010 il dott. Paola Palmarini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con il ricorso introduttivo, notificato il 18 novembre 2006 e depositato il successivo 15 dicembre, Giovanni Petrone e Anna Aprea hanno impugnato il silenzio rigetto formatosi sull'istanza di accertamento di conformità urbanistica presentata in data 21 luglio 2006 al Comune di Cercola, ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, relativa a un manufatto di 55 mq. realizzato sul terrazzo dell'edificio di quattro piani, sito al viale delle Camelie n. 13, deducendone l'illegittimità sotto vari profili.

Con il primo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 19 maggio 2007 e depositato il successivo 15 giugno, i ricorrenti hanno impugnato l'ordinanza n. 22 del 28 febbraio 2007 con la quale il Comune di Cercola, constatata l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione n. 28 dell'8 aprile 2004, ha dichiarato acquisita al patrimonio comunale la stessa opera abusiva oggetto dell'istanza di conformità, realizzata sul solaio di copertura dell'immobile di proprietà, consistente in particolare in una struttura in ferro e muratura con copertura in lamiera coibentate di 55 mq.

A sostegno del gravame deducono la violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001 in quanto la presentazione della domanda di permesso in sanatoria, ad avviso dei ricorrenti, comporta la necessità, per l'amministrazione, di adottare una nuova ordinanza di demolizione.

Con il secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 25 giugno 2007 e depositato il successivo 20 luglio, i ricorrenti hanno impugnato il diniego espresso dell'istanza di accertamento di conformità urbanistica, presentata in data 21 luglio 2006, reso il 12 aprile 2007 dal dirigente dell'U.T.C. del Comune di Cercola. In particolare l'amministrazione ha motivato il rigetto della domanda in quanto l'intervento edilizio, ricadente in zona M4, risulta in contrasto con il P.R.G. e le N.T.A. vigenti e con la legge regionale n. 21/2003.

Al riguardo deducono:

- 1) la violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990;
- 2) la violazione dell'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001 e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria in quanto l'opera è conforme allo strumento urbanistico non essendo state utilizzate per intero le

volumetrie, le superfici e le altezze previste dalla concessione edilizia n. 57/1989 del 18 giugno 1993 e della variante n. 4/1995 del 27 luglio 1995 nell'ambito del piano di lottizzazione "Carafa";

3) il difetto di motivazione con riguardo a quanto stabilito dall'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001.

Si è costituito per resistere ai predetti ricorsi il Comune di Cercola.

Con l'ordinanza n. 650 del 9 ottobre 2009 questo Tribunale, a seguito del deposito del certificato di morte di Giovanni Petrone, ha dichiarato l'interruzione del processo ai sensi degli artt. 24 e 26 della legge n. 1034/1971.

Con atto notificato al Comune in data 15 gennaio 2010 e depositato il successivo 16 febbraio il processo è stato riassunto da Anna Aprea, Annamaria Petrone e Pasquale Petrone in qualità di eredi dell'originario ricorrente Giovanni Petrone.

Alla pubblica udienza del 20 maggio 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Il ricorso introduttivo avverso il silenzio rigetto formatosi sull'istanza di accertamento di conformità urbanistica presentata in data 21 luglio 2006 ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001 è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Come è esposto in fatto, il Comune di Cercola, con il provvedimento del 12 aprile 2007, si è pronunciato in modo espresso sulla predetta istanza di accertamento di conformità. Ne consegue che nessuna utilità deriverebbe ai ricorrenti dall'accoglimento del ricorso introduttivo. Occorre, in particolare, evidenziare che con il diniego espresso, il rigetto tacito, formatosi a seguito del decorso del termine di sessanta giorni previsto dall'art. 36 del citato D.P.R., deve intendersi superato, con la conseguenza che l'unico atto lesivo della sfera giuridica degli interessati resta il provvedimento espresso. Infatti, anche a seguito del formarsi del silenzio rigetto sulla domanda di accertamento di conformità, l'amministrazione conserva il potere di provvedere in via esplicita in ordine alla conformità delle opere e, in ipotesi di rigetto dell'istanza medesima, l'atto in quanto emesso a seguito di istruttoria e dotato di motivazione esplicita, non può intendersi come meramente confermativo del diniego formatosi in via tacita.

2. Il primo ricorso per motivi aggiunti è infondato e va respinto.

Oggetto dell'impugnativa è l'ordinanza n. 22 del 28 febbraio 2007 con la quale il Comune di Cercola, constatata l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione n. 28 dell'8 aprile 2004, ha dichiarato acquisita al patrimonio comunale l'opera abusiva realizzata sul solaio di copertura dell'immobile di proprietà dei ricorrenti, consistente in una struttura in ferro e muratura con copertura in lamiera coibentate di 55 mq.

Destituita di ogni fondamento la censura incentrata sulla violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990. Infatti, in materia edilizia, i provvedimenti repressivi degli abusi sono tipizzati e vincolati e presuppongono un mero accertamento sulla consistenza delle opere realizzate e sul carattere non assentito delle medesime e non devono, quindi, essere preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento (ex multis T.A.R. Campania, Napoli sez. IV, 12 aprile 2005, n. 3780).

Peraltro, nel caso di specie, il Comune si è limitato ad adottare gli atti conseguenti alla constatata inottemperanza all'ordine di demolizione n. 28 dell'8 aprile 2004.

E' altresì infondata la dedotta violazione dell'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001. Assumono i ricorrenti che l'avvenuta presentazione dell'istanza di accertamento di conformità renderebbe inefficace l'esecuzione dell'ordinanza di demolizione.

Il motivo non ha pregio.

A parte il rilievo che nella fattispecie l'ordinanza di demolizione cui è seguita la dichiarazione di acquisizione al patrimonio comunale non è stata neppure impugnata e, pertanto, sussistono dubbi circa l'ammissibilità della censura dedotta, il Collegio richiama sull'argomento il proprio indirizzo. In particolare, si è già avuto modo di statuire che la "validità ovvero l'efficacia dell'ordine di demolizione non risultano pregiudicate dalla successiva presentazione di un'istanza ex art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, posto che nel sistema non è rinvenibile una previsione dalla quale possa desumersi un tale effetto, sicché, se, da un lato, la presentazione dell'istanza ex art. 36 cit. determina inevitabilmente un arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, all'evidente fine di evitare, in caso di accoglimento dell'istanza, la demolizione di un'opera che, pur realizzata in assenza o difformità dal permesso di costruire, è conforme alla strumentazione urbanistica vigente, dall'altro, occorre ritenere che l'efficacia dell'atto sanzionatorio sia soltanto sospesa, cioè che l'atto sia posto in uno stato di temporanea quiescenza. All'esito del procedimento di sanatoria, in caso di accoglimento dell'istanza, l'ordine di demolizione rimarrà privo di effetti in ragione dell'accertata conformità dell'intervento alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso sia al momento della presentazione della domanda, con conseguente venir meno dell'originario carattere abusivo dell'opera realizzata. Di contro, in caso di rigetto dell'istanza, l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia, con la sola precisazione che il termine concesso per l'esecuzione spontanea della demolizione deve decorrere dal momento in cui il diniego di sanatoria perviene a conoscenza dell'interessato, che non può rimanere pregiudicato dall'aver esercitato una facoltà di legge, quale quella di chiedere l'accertamento di conformità urbanistica, e deve pertanto poter fruire dell'intero termine a lui assegnato per adeguarsi all'ordine, evitando così le conseguenze negative connesse alla mancata esecuzione dello stesso" (cfr. in questo senso, T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 14 settembre 2009, n. 4961 e C.d.S., sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 849).

Facendo applicazione di tale principio si osserva che nella specie l'istanza di sanatoria presentata in data 21 luglio 2006 a fronte dell'ordine demolitorio dell'8 aprile 2004 è stata inizialmente definita, sessanta giorni dopo, con provvedimento silenzioso di rigetto ai sensi del comma 3, dell'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001. Detto provvedimento tacito è stato successivamente superato dal diniego espresso adottato dal Comune in data 12 aprile 2007.

3. E', infine, infondato il secondo ricorso per motivi aggiunti con il quale si impugna il predetto diniego espresso della domanda di accertamento di conformità urbanistica.

Il rigetto del Comune fonda sul contrasto dell'intervento edilizio, che ricade in zona M4, con le N.T.A. del P.R.G. e con la legge regionale n. 21 del 2003.

Al riguardo il provvedimento indica puntualmente le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza e non può dirsi viziato da difetto di motivazione (terzo motivo).

Nel merito i ricorrenti si limitano ad affermare (secondo motivo) che l'opera è conforme allo strumento urbanistico, non essendo state utilizzate per intero le volumetrie, le superfici e le altezze previste dalla concessione edilizia del 1993 e del 1995 sulla base delle quali fu costruito l'intero fabbricato di quattro piani.

Il motivo proposto si dimostra del tutto generico e, soprattutto, non si rivolge specificamente a confutare la motivazione recata dal provvedimento circa il contrasto dell'intervento con la sopravvenuta (rispetto alla data del rilascio della concessione edilizia) legge regionale n. 21 del 2003 e con le disposizioni delle N.T.A. del .P.R.G.

E' altresì infondato il primo motivo di ricorso con il quale si deduce la violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990. Giova premettere che il provvedimento di accertamento di conformità si caratterizza per la sua connotazione oggettiva e vincolata in quanto l'amministrazione si limita a effettuare una valutazione sulla conformità alla disciplina urbanistica senza svolgere apprezzamenti discrezionali.

Alla fattispecie, pertanto, è applicabile l'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990 che statuisce la non annullabilità del provvedimento adottato in violazione delle norme sul procedimento amministrativo qualora per la sua natura vincolata sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato. Attesa la natura dovuta dell'accertamento di conformità, il cui presupposto è solamente rappresentato dalla constatata conformità alla disciplina urbanistica ed edilizia il relativo procedimento non è inficiato dall'eventuale omissione del preavviso di rigetto dell'istanza. Nel caso che occupa è evidente che la domanda dei ricorrenti non era accoglibile visto il contrasto dell'intervento realizzato con la disciplina in materia e, in particolare, con la legge regionale n. 21 del 2003.

4. In conclusione è improcedibile il ricorso introduttivo mentre vanno respinti i due ricorsi per motivi aggiunti.

5. Le spese seguono la soccombenza e trovano liquidazione in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, sez. III, definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quelli per motivi aggiunti di cui in epigrafe (R.G. 7944/2006), così provvede:

- 1) dichiara improcedibile il ricorso principale;
- 2) rigetta il primo e il secondo ricorso per motivi aggiunti;
- 3) condanna Anna Aprea, Annamaria Petrone e Pasquale Petrone a rifondere al Comune di Cercola le spese del giudizio che si liquidano in complessivi €1.500,00 (millecinquecento), oltre maggiorazioni, I.V.A. e c.a.p., come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Ida Raiola, Primo Referendario

Paola Palmarini, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/07/2010

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

**IL SEGRETARIO**