

N. 05742/2023REG.PROV.COLL.

N. 03956/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3956 del 2019, proposto da Lina Casillo, Michela Bifulco, rappresentati e difesi dall'avvocato Rita Scopa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Palma Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonella Curto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 06349/2018, resa tra le parti, Annullamento e/o dichiarazione di illegittimità della disposizione dirigenziale del Comune di Palma Campania prot. n. 18886 del 28.10.2010, recante rigetto delle istanze di condono finalizzate alla sanatoria del suddetto fabbricato, della relativa comunicazione di preavviso di

rigetto, e di ogni altro atto connesso preordinato e conseguente, come il verbale della Commissione tecnico consultiva, del verbale della Polizia Municipale del 16.3.2010, di consegna al Sindaco, e del verbale del 20.4.2005, di accertamento di inottemperanza all'ordine di demolizione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Palma Campania;

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 7 giugno 2023 il Cons. Marco Morgantini e uditi per le parti gli avvocati Scopa Rita per parte appellante; viste, altresì, le conclusioni di parte appellata come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata è stato in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto avverso gli atti inerenti al diniego di condono di un fabbricato abusivo sito in Palma Campania alla Via Pianillo, già oggetto dell'ordinanza di demolizione n. 108 del 10 novembre 2004.

La motivazione della sentenza appellata fa riferimento alle seguenti circostanze.

Le istanze di condono relative al fabbricato sopra indicato sono state respinte dall'amministrazione comunale sul presupposto che il fabbricato, come comprovato dal verbale di sequestro della Polizia Municipale del 25 ottobre 2004, non risultava ultimato alla data del 31 marzo 2003 – limite massimo temporale per poter fruire della sanatoria ai sensi della normativa sul condono del 2003 (art. 32 del decreto

legge n. 269/2003, convertito nella legge n. 326/2003) – essendo privo delle tamponature esterne.

Il ricorso introduttivo è stato dichiarato inammissibile, perché proposto nei confronti di verbali della polizia municipale, uno dei quali di esecuzione del provvedimento di dissequestro penale (datato 16 marzo 2010) «*facente parte della sequenza propria del procedimento penale*»; l'altro, di constatazione dell'inottemperanza all'ordine di demolizione di cui alla sopra citata ordinanza di demolizione (datato 20 aprile 2005), privo di lesività.

Con riferimento al diniego di condono il ricorso è stato dichiarato inammissibile nella parte in cui ha ad oggetto il preavviso di rigetto del 6 ottobre 2010 e il verbale della commissione tecnico-consultiva del 16 settembre 2010. È stata infatti rilevata la carenza di interesse all'impugnativa, perché nella specie si tratta di meri atti endoprocedimentali destinati ad essere recepiti nel finale provvedimento di diniego di condono e, quindi, di atti privi di autonoma lesività.

Sono state pertanto scrutinate le censure proposte avverso il provvedimento di diniego di condono, come di seguito articolate:

- a) il fabbricato, non avendo destinazione residenziale ma di semplice locale deposito, non abbisognava di essere munito delle tamponature perimetrali ma doveva piuttosto, alla data del 31 marzo 2003, presentarsi come immobile funzionalmente completato, qualità, questa, integralmente posseduta dal manufatto in questione, con conseguente violazione, da parte dell'amministrazione comunale, non solo della normativa condonistica del 2003 ma anche dei canoni di una corretta istruttoria procedimentale;
- b) il fabbricato era comunque condonabile in forza dell'art. 43, ultimo comma, della legge n. 47/1985, ai sensi del quale è possibile ottenere la sanatoria “*delle opere non*

ultimate per effetto di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali limitatamente alle strutture realizzate e ai lavori che siano strettamente necessari alla loro funzionalità”;

c) il diniego è impropriamente intervenuto, in violazione delle regole che disciplinano il potere di autotutela, quando ormai si era consolidato il silenzio assenso sulle richieste di condono e si era consumato il potere di provvedere, essendo decorsi i 24 mesi previsti dalla relativa normativa di semplificazione (art. 35 della legge n. 47/1985, richiamato dall’art. 32 del decreto legge n. 269/2003) per emettere una pronuncia espressa;

d) il diniego di condono è affetto da difetto di motivazione in ordine alle ragioni di effettivo contrasto tra l’opera realizzata e la vigente normativa urbanistico-edilizia;

e) il provvedimento di diniego è stato emesso ben oltre il termine procedimentale previsto dalla normativa condonistica, in violazione dell’art. 2 della legge n. 241/1990;

f) la gravata disposizione dirigenziale non prende in adeguata considerazione le osservazioni formulate dalla parte interessata a seguito dell’invio del preavviso di rigetto, con ciò incorrendo in carenza motivazionale;

g) l’amministrazione non ha invitato la parte interessata a completare la documentazione allegata alle istanze di condono, con conseguente violazione del principio del giusto procedimento.

Il Tar ha osservato che è smentito in fatto che il fabbricato avesse destinazione non residenziale: infatti, nelle istanze di condono edilizio era chiaramente indicato, mediante la barratura dei relativi campi, che la destinazione d’uso dell’immobile fosse residenziale, per cui la tesi della realizzazione di un semplice locale deposito non trova alcun valido appiglio giuridico proprio nella documentazione esibita dagli stessi soggetti richiedenti il condono.

Il Tar ha richiamato l'art. 31, comma 2, della legge n. 47/1985, richiamato dalla normativa condonistica del 2003 (cfr. art. 32, comma 25, del decreto legge n. 269/2003), che così recita: *«Ai fini delle disposizioni del comma precedente, si intendono ultimati gli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e completata la copertura, ovvero, quanto alle opere interne agli edifici già esistenti e a quelle non destinate alla residenza, quando esse siano state completate funzionalmente».*

Pertanto, essendo pacifico e comprovato dalle emergenze processuali (cfr. in particolare verbale di sequestro del 25 ottobre 2004 con allegata documentazione fotografica) che il fabbricato fosse privo, alla data del 31 marzo 2003, delle tamponature perimetrali, correttamente l'amministrazione comunale ha ritenuto l'immobile residenziale non condonabile, facendo così buon governo dei propri poteri istruttori ed applicando in maniera appropriata la normativa di settore.

Il Tar ha altresì osservato che il mancato rispetto dei termini previsti dall'art. 2 della legge n. 241/1990 per la conclusione del procedimento amministrativo (anche di condono), non è idoneo a determinare l'illegittimità del provvedimento finale, trattandosi di termini acceleratori per la definizione del procedimento ed atteso che la legge non contiene alcuna prescrizione sulla decadenza della potestà amministrativa né qualifica come illegittimo il provvedimento adottato tardivamente.

2. Secondo parte appellante il Collegio di prime cure omette di considerare che l'ordinanza n. 108 del 10 novembre 2004, che aveva intimato la demolizione del fabbricato in via Pianillo, era stata tempestivamente impugnata e ritenuta improduttiva di effetti sino alla definizione del condono. Di tal che gli atti impugnati con il ricorso introduttivo, emessi in dispregio del giudicato e della norma di legge,

andavano ritenuti illegittimi, perché abnormi e preordinati alla consegna dell'immobile a persona diversa dall'avente diritto.

Il verbale di restituzione dell'immobile al sindaco non sarebbe atto di esecuzione del provvedimento di dissequestro, né può dirsi che competente a decidere sulla relativa impugnazione possa essere il giudice penale, giacché l'archiviazione è stata disposta con decreto dal G.I.P, esaminata la richiesta di archiviazione del PM, ordinando la restituzione di quanto sequestrato agli aventi diritto, senza indicazione della persona a cui restituire, per cui del tutto illegittimamente il provvedimento impugnato avrebbe individuato nel sindaco l'avente diritto, cui è stato restituito l'immobile oggetto di condono, individuazione giammai operata dal magistrato penale.

Nel caso di specie non vi sarebbe stato alcun provvedimento di acquisizione, e men che mai di trascrizione nei registri immobiliari.

Secondo parte appellante la sentenza appellata disattende l'orientamento giurisprudenziale che ritiene illegittimi gli atti adottati in danno fino alla conclusione del procedimento di cui all'istanza di sanatoria proposta.

Né conferirebbe legittimità agli atti impugnati con il ricorso introduttivo il diniego espresso in corso di giudizio, per ordine impartito dal Collegio, con l'evidente intento di legittimare l'operato pregresso dell'Ente.

Erroneamente il Tribunale, secondo parte appellante, ritiene inammissibile l'impugnativa dell'accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione del 20.4.2005, ritenendolo privo di portata lesiva e interno al procedimento, atteso che il predetto atto è stato impugnato unitamente all'atto immediatamente lesivo preordinato alla restituzione al sindaco dell'immobile, scaturito dall'illegittimo atto endoprocedimentale dell'accertamento dell'inottemperanza, senza che la diffida all'ottemperanza delle sentenza n. 1669/2005 avesse sortito effetto alcuno.

Ed invero lo stesso TAR Campania evidenzia che *«la presupposta ordinanza di demolizione n.108/2004 ha comunque esaurito la sua efficacia a seguito della presentazione delle istanze di condono»*.

Parte appellante dunque lamenta che, pur partendo dalle stesse premesse logiche della ricorrente, il Collegio anziché concludere con l'ovvio corollario di illegittimità di atti adottati laddove l'ordinanza di demolizione, come nel caso di specie, avrebbe esaurito la propria efficacia, anche a seguito di declaratoria del Collegio, erroneamente conclude per l'inammissibilità dell'impugnazione degli atti adottati in assenza di valido ordine di demolizione.

Sarebbe sfuggito al Tar che nel caso di specie il possesso dell'immobile è stato trasferito con dei verbali, in assenza del predetto atto ricognitivo, in assenza di trascrizione nei registri immobiliari e pur essendo stato acclarato che l'ordinanza di demolizione era improduttiva di effetti.

Parte appellante lamenta che nello scrutinare i motivi aggiunti, il Collegio ha ritenuto non passibili di cognizione la comunicazione di avvio del procedimento di diniego ed il verbale della commissione tecnico consultiva del 16.09.2010 (quest'ultimo per altro mai comunicato agli interessati ma citato nel provvedimento di diniego), perché atti endoprocedimentali, senza tuttavia considerare che gli stessi sono stati impugnati unitamente al provvedimento definitivo, il quale è l'ovvio risultato di una erronea istruttoria, che già emergeva nella comunicazione di avvio del procedimento e nel predetto verbale, la cui illegittimità si riverbera nel provvedimento definitivo.

Con riferimento al provvedimento di diniego di condono parte appellante il rustico per cui sono state presentate le istanze di condono è senza ombra di dubbio funzionalmente completo giacché, trattandosi di locale da adibirsi ad esigenze

connesse all'attività agricola e residenziale, sarebbe, ad oggi, già idoneo all'uso per cui è stato realizzato; è dunque del tutto irrilevante, sotto il profilo strettamente funzionale, la posa in opera di tompagnature, servendo agli interessati una tettoia, una struttura aperta sui lati.

Secondo parte appellante le funzioni cui la tettoia oggetto del negato condono sono riconducibili esclusivamente alla categoria degli immobili residenziali, essendo preordinate ad un utilizzo meramente residenziale, per cui correttamente il condono è stato presentato con l'indicazione dell'utilizzo residenziale, non essendo una tettoia estranea alla predetta destinazione.

Ed invero, un locale di deposito di rilevanti dimensioni, un magazzino ed una tettoia sono idonei a soddisfare finalità abitative e di tipo residenziale.

Erroneamente il Tribunale, facendo proprie le convinzioni del Comune, ritiene che un immobile privo di tompagnatura non possa ritenersi completato al rustico, non necessitando muri perimetrali alla tettoia progettata dalla proprietaria.

Parte appellante lamenta l'avvenuta formazione del silenzio assenso, in quanto il termine di 24 mesi sarebbe perentorio ai sensi dei commi 15 e 16 dell'art. 35 della legge n° 47 del 1985.

Lamenta che la sentenza appellata sarebbe smentita dalle evidenze processuali con riferimento alla dedotta violazione dell'art. 3 della L. 241/1990, per carenza e contraddittorietà della motivazione. Sarebbe mancato infatti nel caso di specie una compiuta motivazione, con indicazione dell'effettivo contrasto, ostativo al rilascio della sanatoria, tra l'opera realizzata e gli strumenti urbanistici vigenti. Per contro il Comune si è limitato a mere petizioni di principio.

Il Tar non avrebbe erroneamente dedotto la mancata ultimazione delle opere.

Secondo parte appellante, con riferimento al censurato difetto di motivazione, il Tar non avrebbe compreso che il Comune non avrebbe reso percepibile la ragione per cui ha ritenuto che una tettoia non possa essere oggetto di domanda di condono.

Il Tribunale avrebbe dovuto pertanto ritenere illegittimo il diniego impugnato anche per violazione della normativa sul giusto procedimento e per non aver tenuto in nessun conto le osservazioni tempestivamente presentate.

Parte appellante ritiene che la sentenza abbia ommesso di considerare che, attesa la mancata richiesta di chiarimenti da parte del Comune nel termine indicato dalla legge per il consolidarsi del silenzio assenso, la pratica non poteva che ritenersi completa, attesa la facoltà concessa ai richiedenti di avvalersi delle autodichiarazioni.

Parte appellante lamenta che il Tribunale di prima istanza abbia condannato i ricorrenti al pagamento delle spese processuali in favore del Comune di Palma Campania, del quale si eccepisce in questa sede la nullità della costituzione, per carenza di idonea procura alle liti, del tutto assente nel fascicolo telematico.

Parte appellante reitera i motivi di ricorso proposti in primo grado.

3. Tutto ciò premesso, l'appello è infondato.

3.1 Preliminarmente l'appello deve essere dichiarato inammissibile nella parte in cui contiene (da pagina 19 dell'atto d'appello) la mera riproposizione delle censure proposte in primo grado senza invece indicare le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, così come prevede il primo comma dell'art. 101 del cod. del proc. amm..

3.2. Col ricorso proposto in primo grado veniva impugnata la nota del Comando di Polizia Municipale di Palma Campania, del 16/3/2010, con la quale l'organo comunale aveva disposto la restituzione dell'immobile dissequestrato al Sindaco, del Comune di Palma Campania, in seguito al dissequestro disposto dalla Procura della

Repubblica presso il Tribunale di Nola. Contestualmente con lo stesso ricorso, veniva impugnato il verbale di inottemperanza del 20/4/2005, all'ordinanza di demolizione del 2004.

Il verbale di restituzione dell'immobile dissequestrato al Sindaco avveniva in esecuzione del provvedimento del 23/11/2009, del GIP presso il Tribunale di Nola, con cui veniva ordinato il dissequestro di alcune opere, ritenute abusive site alla Via Pianillo nel territorio di Palma Campania, e la restituzione dello stabile agli aventi diritto, stante l'archiviazione del provvedimento penale per intervenuta prescrizione. A seguito di tale provvedimento, il Comune di Palma Campania, in data 16/3/2010, aveva infatti proceduto al dissequestro dell'immobile e, in esecuzione del decreto di archiviazione, aveva disposto la restituzione dell'opera al Sindaco del Comune di Palma Campania, ai sensi dell'art. 31, commi 3 e 4, DPR 380/2001.

La sopra indicata attività di restituzione si configura come comportamento materiale e non come provvedimento amministrativo.

Ne consegue che sul punto difetta la giurisdizione del giudice amministrativo.

Sul punto l'appello è pertanto infondato.

Con riferimento al verbale del 20 aprile 2005, recante l'accertamento di inottemperanza all'ordinanza di demolizione n. 108/2004, il collegio osserva che il verbale di inottemperanza è stato impugnato solo nel 2010 dunque oltre il termine decadenziale di 60 giorni.

Sotto tale profilo è priva di pregio la censura proposta avverso la sentenza appellata nella parte in cui quest'ultima afferma che detto verbale non assume quella portata lesiva che sia in grado di attualizzare l'interesse alla tutela giurisdizionale, portata lesiva invece ravvisabile soltanto nell'atto formale di accertamento ex art. 31, comma 4, del d.P.R. n. 380/2001, con cui l'autorità amministrativa recepisce gli esiti dei

sopralluoghi effettuati dalla Polizia Municipale e forma il titolo ricognitivo idoneo all'acquisizione gratuita dell'immobile al patrimonio comunale.

Infatti sul punto il ricorso proposto in primo grado, ove non fosse inammissibile per carenza d'interesse, sarebbe comunque irricevibile per tardività.

Priva di pregio è l'osservazione di parte appellante, secondo cui avverso l'ordinanza n. 108/2004 di demolizione dell'immobile di proprietà della sig.ra Casillo, attesa la pendenza di due istanze di condono, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sez. II, ha deciso con sentenza n. 1670 del 9 marzo 2005, rilevando che "l'avvenuta presentazione della domanda di condono non consente di ravvisare il necessario interesse ad agire in capo al destinatario del provvedimento demolitorio. Infatti a maggior ragione perché parte appellante riteneva il citato verbale del 20 aprile 2005 di inottemperanza all'ordine di demolizione adottato in violazione della sentenza del Tar Napoli n° 1670 del 9 marzo 2005, sussisteva l'onere di impugnazione entro il termine decadenziale di 60 giorni.

3.3. Parte appellante lamenta che nello scrutinare i motivi aggiunti, il Collegio ha ritenuto non passibili di cognizione la comunicazione di avvio del procedimento di diniego ed il verbale della commissione tecnico consultiva del 16.09.2010.

La censura è infondata perché come osservato dal Tar, nella specie si tratta di meri atti endoprocedimentali destinati ad essere recepiti nel finale provvedimento di diniego di condono e, quindi, di atti privi di autonoma lesività.

3.4 Prive di pregio sono le censure volte a sostenere l'avvenuto completamento del fabbricato alla data del 31 marzo 2003, anche considerando che nel caso di specie si tratterebbe di opere non residenziali.

Sotto tale profilo si deve premettere, come osservato dal Tar, che, anche nella denegata ipotesi che il fabbricato avesse destinazione non residenziale, va esclusa la

condonabilità dello stesso non potendosi nello specifico estendere i benefici di cui all'art. 32, comma 25, del decreto legge n. 269/2003.

Infatti le disposizioni sul condono edilizio del 2003 si applicano limitatamente alle nuove costruzioni aventi destinazione residenziale, non essendo ammissibile, in presenza di una tale normativa eccezionale e perciò di stretta interpretazione, postulare un'estensione a nuove costruzioni aventi, come ipotizzato nella specie, destinazione non residenziale.

Il collegio osserva che la stessa parte appellante, nelle osservazioni presentate nel corso del procedimento in data 21 ottobre 2010 (prot. 10338) ammetteva che l'immobile era costruito solo al grezzo.

Risulta invece corretta la motivazione della sentenza appellata, secondo cui l'art. 31, comma 2, della legge n. 47/1985, richiamato dalla normativa condonistica del 2003 (cfr. art. 32, comma 25, del decreto legge n. 269/2003), così recita: *«Ai fini delle disposizioni del comma precedente, si intendono ultimati gli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e completata la copertura, ovvero, quanto alle opere interne agli edifici già esistenti e a quelle non destinate alla residenza, quando esse siano state completate funzionalmente».*

Sulla base della suddetta disposizione, ai fini dell'ammissibilità del condono edilizio, si è ormai consolidato il principio che l'ultimazione dell'opera abusiva ad uso residenziale può ritenersi avvenuta se l'immobile è stato almeno eseguito al rustico, ossia completato in tutte le sue strutture essenziali, comprese le tamponature, cioè le murature perimetrali, le quali sono necessarie per stabilire la relativa volumetria e la sagoma esterna.

Pertanto, essendo il fabbricato fosse privo, alla data del 31 marzo 2003, delle tamponature perimetrali, correttamente l'amministrazione comunale ha ritenuto l'immobile residenziale non condonabile.

3.5 Sono parimenti infondate le censure attinenti all'intervenuta sanatoria edilizia *per silentium*.

Infatti, ai sensi dell'art. 35 della legge n. 47/1985, il silenzio assenso previsto in tema di condono edilizio non si forma solo in virtù dell'inutile decorso del termine prefissato per la pronuncia espressa dell'amministrazione comunale e dell'adempimento degli oneri documentali ed economici necessari per l'accoglimento della domanda, ma occorre, altresì, la prova della ricorrenza di tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi ai quali è subordinata l'ammissibilità del condono, tra i quali rientra, dal punto di vista oggettivo per il condono del 2003, il fatto che l'immobile ad uso residenziale risulti ultimato, ossia completato al rustico, entro il 31 marzo 2003. Ne deriva che il titolo abilitativo tacito può formarsi per effetto del silenzio assenso soltanto ove la domanda sia conforme al relativo modello legale e, quindi, sia in grado di comprovare che ricorrano tutte le condizioni previste per il suo accoglimento, inclusa la tempestiva ultimazione dell'opera abusiva.

Risulta pertanto che il condono edilizio richiesto non possa essersi perfezionato attraverso un provvedimento silenzioso di accoglimento, trovando questo ostacolo nella non avvenuta ultimazione del fabbricato (ad uso residenziale) entro il 31 marzo 2003.

3.6 Sono parimenti infondate le censure di difetto di motivazione.

Infatti la motivazione del provvedimento di diniego di condono fa riferimento alla non condonabilità dell'opera abusiva per mancata ultimazione dei lavori nel termine di legge.

Correttamente nella sentenza appellata è affermato che il mancato rispetto dei termini previsti dall'art. 2 della legge n. 241/1990 per la conclusione del procedimento amministrativo (anche di condono), non è idoneo a determinare

l'illegittimità del provvedimento finale, trattandosi di termini acceleratori per la definizione del procedimento ed atteso che la legge non contiene alcuna prescrizione sulla decadenza della potestà amministrativa né qualifica come illegittimo il provvedimento adottato tardivamente.

Il provvedimento di diniego di condono è dunque atto dovuto e vincolato.

3.7 Infine è infondata la censura di nullità della costituzione in giudizio del Comune di Palma Campania in primo grado per carenza di idonea procura alle liti.

Infatti parte appellante non ha dimostrato di avere proposto in primo grado l'eccezione di carenza di idonea procura alle liti.

L'appello deve pertanto essere respinto.

La condanna alle spese segue la soccombenza con liquidazione nella misura di Euro 3.000.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese dell'appello nella misura di Euro 3.000/00 (Tremila/00) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Sergio Zeuli, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

L'ESTENSORE
Marco Morgantini

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI