

Publicato il 03/10/2024

N. 01787/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01020/2021 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 staccata di Salerno (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1020 del 2021, proposto da Eugenio Avagliano e Giovanna Franco, rappresentati e difesi dall'avvocato Francesco Avagliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Florimonte in Salerno, via F. Conforti, 11;

contro

Comune di Cava de' Tirreni, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonino Cascone, Giuliana Senatore, e Manuela Casilli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

dell'Ordinanza num. 66 del 30/3/2021 (registro generale 142 del

30/3/2021), successivamente notificata ai ricorrenti, a firma del dirigente del Settore Arch. Luigi Collazzo e del Funzionario in P.O. Ing. Piero Guglielmotti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cava de' Tirreni;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod. proc. amm.;

Relatore il dott. Fabio Di Lorenzo nell'udienza di smaltimento del giorno 12 settembre 2024, tenuta da remoto a termini dell'art. 87, comma 4-bis c.p.a., e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Parte ricorrente ha impugnato l'Ordinanza di demolizione n. 66 del 30/3/2021 (registro generale 142 del 30/3/2021), emessa a seguito del diniego di condono avente ad oggetto la realizzazione *ex novo* «*di un fabbricato composto da un locale a piano terra, con attiguo porticato, appartamento in primo piano composto da soggiorno, due camere da letto e servizi igienici ... (tipologia d'abuso n.1.)*» (diniego che era stato motivato dall'amministrazione intimata in ragione della zona a Rischio e pericolosità da frana molto elevata R4/P4, in area a rischio elevato di alluvioni R3 e in fascia di rispetto cimiteriale).

Si è costituita l'amministrazione intimata per resistere al ricorso.

All'esito dell'udienza di smaltimento del giorno 12 settembre 2024, tenuta da remoto, il Collegio ha deliberato la decisione in camera di consiglio.

2. Con il primo e il secondo motivo parte ricorrente ha lamentato

l'inoperatività dei vincoli ritenuti violati dall'amministrazione (e per i quali era stato negato il condono), in quanto i vincoli di rispetto cimiteriale e di zona di rischio idrogeologico sarebbero successivi alla realizzazione delle opere, essendo sopravvenuti solo al momento della decisione dell'amministrazione sull'istanza di condono. È prospettata quindi l'illegittimità derivata dell'ordinanza di demolizione per vizi propri del diniego di condono.

Il Collegio ritiene che i primi due motivi di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto connessi, siano infondati.

La domanda di condono (presentata con due istanze) ai sensi della l. 326/03 ha ad oggetto la realizzazione *ex novo* «di un fabbricato composto da un locale a piano terra, con attiguo porticato, appartamento in primo piano composto da soggiorno, due camere da letto e servizi igienici», essendosi realizzata una “tipologia 1” degli abusi in ragione della realizzazione di nuove superfici e volumetrie, ricadendo le opere in fascia di rispetto cimiteriale, integrante vincolo di inedificabilità assoluta, ai sensi dell'art. 33 della l. 47/85.

Non è dirimente quanto affermato dalla parte ricorrente, secondo cui il vincolo della fascia di rispetto cimiteriale sarebbe sorto dopo la realizzazione delle opere, in quanto in realtà esso integra un vincolo di inedificabilità assoluta, il quale, sussistendo al momento della valutazione dell'amministrazione sull'istanza di condono, integra un elemento preclusivo del condono ai sensi dell'art. 32 co. 27 lett. d) l. 326/03. In fattispecie analoga, in cui l'istanza di condono era stata rigettata per la sussistenza di un vincolo di inedificabilità assoluta di natura cimiteriale successivo alla realizzazione delle opere, questo TAR (con sentenza n. 3238 del 2022) ha respinto il ricorso «sussistendo sulla

zona interessata un vincolo di inedificabilità assoluta di natura cimiteriale. Né vale osservare che, al momento di realizzazione dell'opera abusiva, l'ampliamento dell'area cimiteriale non era ancora stato disposto e dunque la costruzione rispettava le distanze al tempo previste. Invero, ciò che conta ai fini della valutazione del vincolo è la situazione edificatoria esistente al momento in cui la domanda di condono è stata esaminata e decisa dalla P.A. Giova richiamare, a sostegno di quanto si afferma, la sentenza n. 181/2021 della Corte Costituzionale, in cui si legge: "Il tema in esame investe, a ben vedere, la questione - sulla quale si è ampiamente soffermata anche la giurisprudenza amministrativa - del momento in cui deve essere valutata l'operatività di un vincolo paesaggistico, archeologico, ambientale, idrogeologico eccetera, limitativo delle facoltà edificatorie di un'area; questione per la quale si possono immaginare in astratto tre soluzioni: il momento in cui l'opera è realizzata, quello in cui è presentata la domanda di condono e quello in cui quest'ultima è esaminata dall'amministrazione. Sotto il vigore della sola L. n. 47 del 1985 e nell'incertezza derivante da un quadro normativo (art. 32) che non prevedeva espressamente che il vincolo dovesse essere anteriore all'esecuzione delle opere abusive, i giudici amministrativi hanno offerto - limitatamente alla richiesta di parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo - una articolata gamma di soluzioni al problema del rilievo dei vincoli sopravvenuti (per un quadro di sintesi, Consiglio di Stato, adunanza plenaria, decisione 22 luglio 1999, n. 20). Rispetto a queste diverse ipotesi interpretative, la citata decisione dell'Adunanza plenaria ha affermato che, "in mancanza di indicazioni univoche desumibili dal dato normativo", la questione deve essere risolta

privilegiando la normativa "vigente al tempo in cui la funzione si esplica (tempus regit actum)", essendo la più idonea alla "cura del pubblico interesse, in che si concreta la pubblica funzione". Ha poi aggiunto che, "quanto alla preoccupazione che siffatta soluzione esporrebbe il singolo caso, in violazione del principio di certezza del diritto e di non disparità di trattamento, alla variabile alea dei tempi di decisione sull'istanza,... l'ordinamento appresta idonei strumenti di sollecitazione e, se del caso, di sostituzione dell'Amministrazione inerte" (sempre, Cons. Stato, adunanza plenaria, decisione n. 20 del 1999; nella stessa direzione, tra le tante, Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenze 22 agosto 2003, n. 4765, e 31 ottobre 2013, n. 5274). La normativa concernente il terzo condono (art. 32, comma 27, lettera d, del D.L. n. 269 del 2003, come convertito), qui segnatamente in esame, pur facendo salve le previsioni degli artt. 32 e 33 della L. n. 47 del 1985, presenta "un ambito oggettivo più circoscritto" rispetto a quello di quest'ultima legge. Mentre, infatti, in base alla normativa del 1985 l'efficacia ostativa al rilascio del condono dei vincoli in esame era collegata al parere negativo dell'autorità preposta alla loro tutela, la disciplina del 2003 prevede che - come detto in precedenza - essi precludano senz'altro la sanatoria, al pari di quelli che comportano l'inedificabilità assoluta (in questo senso, tra le tante, sentenze n. 117 del 2015, n. 225 del 2012, n. 54 del 2009 e n. 196 del 2004, e ordinanza n. 150 del 2009....sull'interpretazione di questa normativa, Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenze 5 agosto 2020, n. 4933, e sezione seconda, 13 novembre 2020, n. 7014). (...) Le conclusioni della richiamata giurisprudenza amministrativa meritano di essere condivise».

Analogamente sono infondate le censure anche con riguardo

all'insistenza degli abusi in zona a elevato rischio alluvioni (zona R3 del Piano di gestione del rischio alluvioni) e rischio e pericolosità molto elevata da frana, non essendo condivisibile l'argomento di parte ricorrente secondo cui i piani a tutela del rischio idrogeologico e delle falde acquifere non sarebbero dotati di «*un sistema di norme di attuazione vincolistico sul territorio*». In realtà i citati piani, pienamente efficaci, sono funzionali proprio a impedire fenomeni franosi ed alluvionali, e sono autonomamente dotati di carattere vincolante.

Peraltro, a fronte della sussistenza dei citati vincoli e dell'accertato rilevante aumento di superficie e di volumetria, *“non possono essere sanate le opere che hanno comportato la realizzazione di nuove superfici e nuova volumetria in zona assoggettata a vincolo paesaggistico, sia esso di natura relativa o assoluta, o comunque di inedificabilità, anche relativa”* (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 22 marzo 2021, n. 724; Cons. Stato, Sez. IV, 27 aprile 2017, n. 1935). Inoltre *“il condono edilizio ... ai sensi dell'art. 32, comma 26, del d.l. n. 269/2003 (c.d. terzo condono), su aree vincolate anche in modo relativo (art. 32 della l. n. 47/1985), è operante unicamente in relazione ai c.d. abusi minori previsti nei numeri 4, 5 e 6, dell'allegato 1 al d.l. n. 269/2003, mentre non lo è in caso di c.d. abusi più gravi rientranti nei numeri 1, 2 e 3, del predetto decreto legge integranti gli estremi della nuova costruzione o della ristrutturazione edilizia”* (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 21 gennaio 2022, n. 186).

A fronte del legittimo diniego di condono, la successiva ordinanza di demolizione è atto vincolato e dovuto.

Il primo e il secondo motivo di ricorso sono pertanto infondati.

3. Con il terzo motivo parte ricorrente ha lamentato che

l'amministrazione non avrebbe valutato l'interesse a godere di una sistemazione abitativa, non emergendo tale valutazione dalla motivazione del provvedimento impugnato. È prospettata quindi l'illegittimità derivata dell'ordinanza di demolizione per vizi propri del diniego di condono.

Il Collegio ritiene che la censura sia infondata in quanto *«non trova alcun spazio nel nostro ordinamento il concetto di abuso di necessità "che, nella materia urbanistica ed edilizia appresta un meccanismo di tutela "oggettivo" che, prescindendo, cioè, dai motivi particolari per i quali è stato commesso l'abuso, dovendosi apprestare un sistema repressivo e sanzionatorio a presidio di beni e valori di assoluto rilievo primario assolutamente inderogabili»* (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 8 gennaio 2016, n. 17).

Il terzo motivo è pertanto infondato.

4. Con il quarto motivo è lamentata la illegittimità del provvedimento per l'asserita violazione dei termini di conclusione del procedimento iniziato con la presentazione della istanza di condono.

È prospettata quindi l'illegittimità derivata dell'ordinanza di demolizione per vizi propri del diniego di condono.

Il Collegio ritiene che, esclusa per i motivi già illustrati la formazione del silenzio assenso, l'asserita violazione dei termini procedurali non determina in sé l'illegittimità del provvedimento impugnato. Infatti *«In mancanza di previsioni specifiche di disciplina degli effetti (silenzio assenso, silenzio diniego) la violazione del termine assegnato all'amministrazione per espletare l'istruttoria e definire il procedimento non determina la maturazione di un provvedimento favorevole all'istante. A seguito di inerzia della PA, la parte interessata può attivare l'azione*

sollecitatoria; ma la scadenza del termine ordinatorio non assume caratterizzazioni sostanziali favorevoli per il privato (in termini di contenuto del provvedimento finale). Il mancato rispetto del termine, ordinatorio, rientra nel genus delle irregolarità non vizianti e non assume caratteri significativi, in termini di benefici» (T.A.R. Sardegna, sez. II, 14 giugno 2021, n. 435; TAR Campania Salerno, n. 3524 del 19.12.22).

Né può essere accolta la doglianza secondo cui sarebbe stata emessa la sanzione demolitoria poco dopo i dinieghi di condono e nonostante la pendenza del ricorso proposto avverso i medesimi provvedimenti di rigetto, con violazione altresì del principio di affidamento. Infatti l'ordinanza di demolizione ha carattere dovuto e vincolato, per cui, in difetto di giusti motivi di sospensione, la demolizione deve essere disposta ed eseguita; la sospensione della demolizione non potrebbe giustificarsi per il solo fatto della impugnazione del diniego di condono, peraltro non essendo stata disposta in tale giudizio la sospensione del diniego.

Né l'amministrazione era tenuta a motivare in ordine ad asseriti affidamenti: *“L'ordine di demolizione è un atto vincolato ancorato esclusivamente alla sussistenza di opere abusive e non richiede una specifica motivazione circa la ricorrenza del concreto interesse pubblico alla rimozione neppure quando sia trascorso un notevole lasso di tempo dalla sua realizzazione non potendo configurarsi alcun legittimo affidamento in relazione a situazioni contra legem; in sostanza, verificata la sussistenza dei manufatti abusivi, l'Amministrazione ha il dovere di adottarlo, essendo la relativa ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato compiuta a monte dal legislatore” (T.A.R.*

Campania, Salerno, Sez. II, 17 gennaio 2022, n. 115).

Il quarto motivo è pertanto respinto.

5. Con il quinto motivo parte ricorrente ha lamentato che, in ragione del tempo trascorso dalla realizzazione dell'abuso e in ragione dell'affidamento in tesi maturato, sarebbe stata necessaria una motivazione rafforzata nell'ordinanza di demolizione.

Il Collegio ritiene che la censura sia infondata, non essendo maturato alcun affidamento meritevole ed avendo l'ordinanza di demolizione natura vincolata di atto dovuto. Sul punto deve confermarsi l'orientamento secondo cui *“il provvedimento demolitorio non necessita di alcuna speciale motivazione sull'interesse pubblico alla demolizione ... tenuto conto che l'ordine di demolizione di una costruzione abusiva costituisce atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico né una comparazione di questo con gli altri interessi coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione e che nemmeno è configurabile un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il mero decorso del tempo non sana, inibendo tale constatazione all'interessato il potere di dolersi del fatto che l'Amministrazione abbia emanato dopo lungo lasso di tempo dalla conclusione dei lavori i dovuti atti repressivi”* (TAR Lazio, Roma, sez. I, Sent. 2 aprile 2014, n. 4975).

Il quinto motivo è pertanto infondato.

6. Con il sesto e il nono motivo è lamentata l'insufficiente descrizione del bene nell'ordinanza di demolizione.

Il Collegio ritiene che la censura sia infondata, in quanto il bene è adeguatamente descritto sia nell'ordinanza di demolizione, sia in tutti gli

altri atti precedenti, richiamati anche nell'ordinanza di demolizione, tra cui il diniego di condono.

7. Con il settimo motivo è lamentato che l'Ordinanza di demolizione e riduzione in pristino preannunciano l'acquisizione gratuita e la conseguente demolizione, mentre l'art. 31 dpr 380/01 stabilisce che nel caso di prevalenti interessi pubblici la demolizione va evitata, per cui la scelta di conservare l'opera spetta al Consiglio Comunale e non al Dirigente, per cui sussisterebbe il vizio di incompetenza per violazione dell'art. 31 citato.

Il motivo è infondato, non sussistendo alcun vizio di incompetenza. Infatti in base al d.p.r. n. 380/01 le funzioni di repressione e vigilanza degli abusi edilizi sono svolte alternativamente dal Dirigente o dal Responsabile dell'Ufficio, che entrambi hanno sottoscritto il provvedimento impugnato. Va condiviso l'orientamento secondo cui *“in ossequio ad un indirizzo interpretativo già espresso da TAR Napoli 15 gennaio 2015 n. 249, che il provvedimento adottato nell'esercizio del potere di vigilanza in materia edilizia rientra pacificamente nella competenza del dirigente ai sensi dell'art. 27 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dell'art. 107, terzo comma, D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e che l'adozione dal provvedimento da parte del funzionario (e non del dirigente) non determina alcuna incidenza sulla legittimità del provvedimento, non integrando alcuna alterazione delle competenze legislativamente stabilite delle quali sono attributari gli uffici dell'amministrazione (cfr. sul punto TAR Napoli, 15 gennaio 2015 n. 249)”* (TAR Campania Salerno, n. 1644 del 20.6.22; e T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 24 marzo 2022, n. 806).

8. Con l'ottavo motivo parte ricorrente ha lamentato che gli atti

impugnati non spiegherebbero in quale modo gli immobili da acquisire verrebbero poi utilizzati a fini pubblici.

La censura è infondata, in quanto il futuro utilizzo dell'area che eventualmente sarà acquisita in caso di inottemperanza sarà oggetto di future valutazioni dell'amministrazione (con separati e autonomi provvedimenti), del tutto eventuali in quanto subordinate alla inottemperanza dell'ordine di demolizione.

9. Alla luce dei rilievi esposti, il ricorso è respinto.

10. Le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione resistente, liquidandole in euro 1.500,00, oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 12 settembre 2024 svolta da remoto tramite *Microsoft Teams* con l'intervento dei magistrati:

Gianmario Palliggiano, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario

Fabio Di Lorenzo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Fabio Di Lorenzo

IL PRESIDENTE
Gianmario Palliggiano

IL SEGRETARIO