Pubblicato il 24/04/2018

N. 02457/2018REG.PROV.COLL.

N. 05971/2011 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5971 del 2011, proposto da Agostino Cirillo, rappresentato e difeso dall'avvocato Felice Laudadio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G. G. Belli, 39;

contro

Comune di Caserta, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Lidia Gallo, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Casertano in Roma, via Panama, 74;
Domenico Piperno, in proprio e nella qualità di amministratore p.t. del condominio Parco dei lecci, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Adinolfi, con domicilio eletto presso lo studio Anna Bei in Roma, via Ovidio, 10;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Campania, sezione VIII, 31 marzo 2011, n. 1891.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Caserta e di Domenico Piperno, in proprio e nella qualità di amministratore p.t. del condominio Parco dei lecci;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1° marzo 2018 il consigliere Giuseppe Castiglia;

Uditi per le parti gli avvocati Mangazzo, su delega dell'avvocato Laudadio, e Adinolfi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 22 ottobre 2009, il Comune di Caserta ha rilasciato al signor Agostino Cirillo un provvedimento di condono - ai sensi dell'art. 32 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003, n. 326 - per l'avvenuta realizzazione di un manufatto abusivo a uso residenziale in località Casertavecchia.

2. Il signor Domenico Piperno, in proprio e nella qualità di amministratore p.t. del condominio Parco dei lecci, e l'avvocato Gianmarco Carozza hanno impugnato il titolo abilitativo in sanatoria proponendo un ricorso che il T.A.R. per la Campania, sez. VIII, ha accolto con sentenza 31 marzo 2011, n. 1891.

3. Il Tribunale regionale:

a) ha respinto una eccezione di inammissibilità per difetto di interesse;

b) ha ritenuto fondate le censure di mancata acquisizione del parere favorevole delle Autorità preposte, rispettivamente, alla tutela del vincolo idrogeologico (l'autorizzazione n. 5149, rilasciata dalla Provincia di Caserta in data 29 giugno 1993, riguarderebbe il solo cambio di destinazione a fini edilizi del suolo e non anche le

opere successivamente realizzate) e del vincolo ambientale, dichiarando assorbiti gli ulteriori profili di illegittimità dedotti;

c) ha condannato le parti soccombenti al pagamento delle spese di giudizio.

4. Il signor Cirillo ha interposto appello avverso la sentenza n. 1891/2011, che ha criticato con sette motivi di censura:

a) difetto dell'interesse e della legittimazione al ricorso, non essendo sufficiente la mera contiguità degli edifici in assenza di una lesione diretta e immediata, che nella specie non sussisterebbe in quanto le opere condonate sarebbero state realizzate su un manufatto già in precedenza assentito, non determinerebbero aggravi di carico urbanistico, non inciderebbero su interessi abitativi;

b) insussistenza del vincolo ambientale. Le certificazioni depositate in atti, la documentazione fotografica, gli stessi titoli edilizi rilasciati ai ricorrenti in primo grado senza alcun nulla osta della Sovrintendenza attesterebbero che l'area non sarebbe gravata da un vincolo di tal genere e smentirebbero l'assunto contrario della decisione impugnata, fondata sulla ubicazione dell'area, in concreto inesistente, all'interno di un bosco. Tranne l'affermazione, peraltro non corrispondente al vero, della esistenza di un bosco, mancherebbe un qualsiasi atto che dichiari l'esistenza di un vincolo ambientale;

c) insussistenza del contrasto con il vincolo idrogeologico. L'abuso oggetto del condono (realizzazione di un solaio intermedio che ha consentito l'uso residenziale di parte dell'edificio già esistente) sarebbe stato del tutto ininfluente sull'assetto idrogeologico, si risolverebbe in un cambio di destinazione d'uso e dunque sarebbe riconducibile all'autorizzazione rilasciata dalla Provincia nel 1993.

Il ricorrente replica quindi anche agli ulteriori motivi del ricorso introduttivo, dichiarati assorbiti dal T.A.R.:

d) le opere sarebbero state realizzate prima del 31 marzo 2003. La contraria affermazione contenuta in una sentenza di condanna del giudice penale del 28

gennaio 2008, peraltro appellata, sarebbe contraddetta dalla documentazione prodotta, comprensiva di rilievi fotografici, e dagli accertamenti comunali;

e) la preclusione per effetto di un incendio sviluppatosi nel 2007 sarebbe limitata alla realizzazione di nuove costruzioni e non varrebbe per la concessione del condono *ex* decreto-legge n. 269/2003;

f) la censura fondata sul contrasto con le previsioni urbanistiche vigenti nel Comune, con conseguente violazione della legge della Regione Campania 18 novembre 2004, n. 10, non potrebbe essere fatta valere per l'intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge medesima (Corte costituzionale, 10 novembre 2004, n. 10), con conseguente inapplicabilità del regime contenuto negli strumenti urbanistici degli enti locali.

g) Con l'ultimo motivo, il signor Cirillo contesta infine la condanna alle spese del primo grado di giudizio.

5. Il signor Piperno si è costituito in giudizio per resistere all'appello riproponendo integralmente, anche ai fini devolutivi del gravame, i motivi dedotti in primo grado.

6. Il Comune di Caserta si è costituito in giudizio per aderire all'appello, comunicando di avere annullato il titolo contestato in esecuzione della sentenza impugnata (con determina dirigenziale n. 44093 del 24 maggio 2011).

7. Con memoria depositata il 5 dicembre 2017, l'appellato ha sostenuto la improcedibilità dell'impugnazione per sopravvenuta carenza di interesse, a seguito dell'annullamento del titolo contestato, e ha rinnovato le proprie argomentazioni.

8. Le parti si sono quindi scambiate memorie, con le quali hanno ribadito le rispettive difese. L'appellante, dal canto suo, ha anche contestato la ritenuta improcedibilità dell'impugnazione, perché l'adozione di un atto in mera esecuzione della sentenza gravata non farebbe venire meno l'interesse a ricorrere.

9. All'udienza pubblica del 1° marzo 2018, l'appello è stato chiamato e trattenuto in decisione.

10. E' preliminare l'esame delle eccezioni processuali.

11. L'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del ricorso di primo grado per difetto di interesse e di legittimazione ad agire, riproposta in questa sede di appello, è infondata, in quanto per il provvedimento di condono edilizio valgono - sotto il profilo di specie - i principi elaborati in tema di licenza edilizia, concessione edilizia e permesso di costruire, secondo quanto ora si dirà.

11.1. Che la regola sancita dall'art. 31, nono comma, della legge 17 agosto 1942, n. 1150 (secondo cui "chiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione") non abbia inteso introdurre una forma di azione popolare, è affermazione troppo consolidata da non richiedere il sostegno di specifici precedenti.

11.2. Secondo la giurisprudenza prevalente, la norma riconosce una posizione qualificata e differenziata solo in favore dei proprietari di immobili siti nella zona in cui la costruzione è permessa e a coloro che si trovano in una situazione di "stabile collegamento" con la stessa. Di conseguenza, è legittimato a impugnare il titolo edilizio ad altri rilasciato chi dimostri la titolarità di una costruzione in area limitrofa a quella di esecuzione dei lavori, anche se non abbia fornito la prova che i lavori stessi abbiano cagionato un danno, costituendo questa una questione di merito irrilevante sulla condizione dell'azione (cfr. per tutte, in termini, Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3744; sez. IV, 8 luglio 2013, n. 3596; sez. VI, 9 maggio 2016, n. 1861; sez. IV, 14 dicembre 2017, n. 5895; ivi precedenti ulteriori).

11.3. Tale orientamento non è venuto meno con l'abrogazione dell'art. 31 della legge n. 1150/1942, disposta dall'art. 136, comma 1, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (testo unico dell'edilizia).

11.4. Per poter legittimamente impugnare il titolo edilizio altre decisioni richiedono, oltre alla *vicinitas*, un *quid pluris*, dovendosi comprovare il reale pregiudizio che venga a derivare dalla realizzazione dell'intervento assentito, specificando con riferimento alla situazione concreta e fattuale come, perché, ed in quale misura il provvedimento impugnato incida la posizione sostanziale dedotta in causa, determinandone una lesione concreta, immediata e di carattere attuale.

11.5. In disparte le specificità dei singoli contenziosi concreti (ad es., Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2016, n. 1182, riguarda l'approvazione del progetto di coltivazione e ricomposizione ambientale di una cava, cioè - come analogamente osserva, con riguardo a una vicenda analoga, sez. VI, n. 1861/2016 - una fattispecie diversa da quella del permesso di costruire), il Collegio ritiene di aderire alla equilibrata sintesi sviluppata dalla Sezione nella sentenza 19 novembre 2015, n. 5278.

11.6. Pertanto, occorre distinguere l'ipotesi in cui a impugnare il permesso di costruire sia il titolare di un immobile confinante, adiacente o prospiciente su quello oggetto dell'intervento assentito da quella in cui il ricorso avverso il titolo, cui sia correlata un'autorizzazione commerciale, venga proposto da un operatore economico, nel senso che:

a) nel primo caso, ai fini dell'accertamento dell'interesse e della legittimazione ad agire in capo al proprietario confinante (o a chi si trovi in una posizione analoga), è sufficiente la semplice *vicinitas*, ossia la dimostrazione di uno stabile collegamento materiale fra l'immobile del ricorrente e quello interessato dai lavori, escludendosi in linea di principio la necessità di dare dimostrazione di un pregiudizio specifico e ulteriore. Tale pregiudizio, infatti, deve ragionevolmente ritenersi sussistente *in re ipsa* in quanto consegue necessariamente all'alterazione (in tesi, illegittima) dell'assetto edilizio e urbanistico circostante;

b) di contro, "nell'ipotesi in cui ad impugnare il permesso di costruire sia il titolare di una struttura di vendita, affinché il suo interesse processuale possa qualificarsi

personale, attuale e diretto, deve potersi ravvisare la coincidenza, totale o quanto meno parziale, del bacino di clientela, tale da poter oggettivamente determinare un'apprezzabile calo del volume d'affari del ricorrente".

11.7. Date le premesse ora esposte, l'eccezione - come anticipato - non ha pregio e deve essere respinta.

12. Neppure è fondata l'eccezione, mossa questa volta dalla parte appellata, di sopravvenuta carenza di interesse alla decisone nel merito, per avere il Comune proceduto all'annullamento dell'atto impugnato.

12.1. In linea di principio, è bene ricordare che, secondo l'indirizzo di questo Consiglio di Stato, occorre molta cautela prima di dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse perché una pronunzia processuale di tale contenuto, se non adeguatamente giustificata, rischierebbe di risolversi in un sostanziale diniego di giustizia. Anche un interesse solo morale della parte giustificherebbe l'esigenza di una decisione di merito (giurisprudenza costante: cfr. sez. V, 6 novembre 2011, n. 5070; sez. IV, 15 settembre 2015, n. 4307; sez. V, 27 novembre 2015, n. 5379; sez. IV, 14 dicembre 2015, n. 5663).

12.2. Nel caso di specie, il provvedimento comunale n. 44093/2011 (che ha annullato il titolo abilitativo in sanatoria e conseguentemente la D.I.A. per manutenzione straordinaria del 25 luglio 2010, ordinando l'immediata sospensione dei lavori in corso) è stato adottato sull'espresso presupposto del dover dare esecuzione alla sentenza n. 1891/2011.

12.3. Dunque tale provvedimento non comporta di per sé acquiescenza né costituisce espressione di un rinnovato apprezzamento della situazione, autonoma manifestazione di volontà provvedimentale (se così fosse, la tesi dell'improcedibilità sarebbe fondata: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2014, n. 4164; sez. III, 19 dicembre 2014, n. 6174; sez. IV, 11 febbraio 2016, n. 596; sez. IV, 24 luglio 2017, n. 3638), ma è la mera (e doverosa) ottemperanza a un ordine giudiziale

provvisoriamente esecutivo, cosicché non sopravvivrebbe a un'eventuale riforma di questo in virtù dell'effetto espansivo esterno della sentenza di riforma in appello ai sensi dell'art. 336, secondo comma, c.p.c. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431; sez. V, 7 giugno 2017, n. 2733; sez. V, 21 giugno 2017, n. 3030).

13. Nel merito, il "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5; Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242), consiglia di esaminare anzitutto il terzo motivo concernente il vincolo idrogeologico.

13.1. L'appellante non ne contesta la sussistenza, ma sostiene che esso non sarebbe di ostacolo al rilascio del condono perché al riguardo la Provincia di Caserta, titolare del relativo potere, si sarebbe già espressa favorevolmente con la ricordata autorizzazione n. 5149/1993, rilasciata ai sensi dell'art. 22 della legge della Regione Campania 28 febbraio 1987, n. 13, il primo comma del quale prescrive l'autorizzazione (della Comunità montana o della Provincia, a seconda dei casi) per "*i movimenti di terra*".

13.2. Premesso che per "movimento di terra" deve intendersi ogni intervento comunque idoneo ad incidere sull'assetto del terreno, deve ritenersi che nel caso di specie l'intervento di tramezzatura di una preesistente struttura a terrapieno avente funzione di contenimento del terreno rientri nella predetta definizione; l'intervento risulta, quindi, acclarato e successivo all'autorizzazione provinciale.

13.3. Oltre a tale assorbente rilievo, di per sé autonomamente idoneo a fondare la decisione, va comunque evidenziato che anche la sentenza n. 71/2008 del Tribunale di Santa Maria C.V. - sezione staccata di Caserta, in atti, ha accertato che, come risulta da un sopralluogo compiuto in data 15 marzo 2004 dai tecnici comunali, al di sotto delle opere realizzate e conformi a quelle assentite "*anziché esservi un terrapieno, era stata realizzata una struttura vuota completamente chiusa da muri di tompagno*", parimenti descrivendo un intervento incidente sull'assetto del terreno; non è noto l'esito

dell'appello, ma, prescindendosi dal dispositivo di condanna della predetta sentenza, nel presente giudizio può comunque assumersi l'esito del predetto sopralluogo quale ulteriore elemento di fatto apprezzabile ai fini della decisione.

13.4. D'altronde - come appare dalla relazione comunale del 28 giugno 2012, in atti - l'appellante ha ricevuto i titoli per costruire un muro di contenimento con rampa di discesa al fondo e la realizzazione di un terrapieno con pareti verticali e collegamenti orizzontali in cemento armato per contenimento. L'abuso è consistito, in corso d'opera, "nell'inserimento di un solaio intermedio con relativa scala interna; tali difformità rendevano il manufatto ad uso residenziale".

13.5. In altri termini, posto che il provvedimento provinciale aveva autorizzato il solo "cambio di destinazione ai fini edilizi e sistemazione terreno di proprietà del richiedente", lo stesso Comune, pur senza menzionare lo scavo, ammette l'*opus novum*, e cioè che la situazione determinatasi a seguito delle opere abusive e condonate divergeva radicalmente da quella valutata dalla Provincia nel 1993.

13.6. In conclusione, l'autorità di tutela non è stata posta in condizione di vagliare l'attuale compatibilità con il vincolo del manufatto realizzato abusivamente, in violazione dunque del principio per cui - a norma dell'art. 32 della legge n. 47/1985, richiamato dall'art. 32, comma 27, del decreto-legge n. 269/2003 - l'esistenza del vincolo va valutata al momento in cui deve essere presa in considerazione la domanda di condono (giurisprudenza costante, confermata già da Cons. Stato, ad. plen., 22 luglio 1999, n. 20; in seguito, fra le tante, sez. IV, 29 novembre 2012, n. 6082; sez. IV, 11 marzo 2013, n. 1464; sez. VI, 31 maggio 2013, n. 3015; sez. VI, 12 novembre 2014, n. 5549).

13.7. Per contrastare queste semplici considerazioni, l'appellante deve sostenere che l'opera abusiva sarebbe "del tutto ininfluente sull'assetto idrogeologico considerato". Ma è del tutto evidente che, così ragionando, egli (e prima di lui il Comune) fa valere una valutazione che compete invece solo all'organo preposto alla

tutela del vincolo, che invece, in contrasto con la legge, non è stato posto nella condizione di esprimersi.

14. Di conseguenza, il motivo di appello relativo al vincolo idrogeologico è infondato. E poiché la mancanza del necessario parere è un vizio autosufficiente, perché rende di per sé illegittimo il provvedimento impugnato, la reiezione del motivo importa la reiezione dell'appello *in toto* con assorbimento delle censure rimanenti, salva quella riguardante le spese di giudizio che è infondata, avendo il primo giudice fatto corretta applicazione della regola della soccombenza.

15, Dalla reiezione dell'appello segue la conferma della sentenza impugnata.

16. Le spese del presente grado di giudizio sono correlate alla soccombenza, come detto, e sono liquidate in dispositivo a carico della parte appellante, mentre possono essere compensate nei riguardi del Comune, che non ha svolto effettive difese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio in favore di Domenico Piperno, in proprio e nella qualità di amministratore p.t. del condominio Parco dei lecci, che liquida nell'importo di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre agli accessori di legge (15% a titolo di rimborso delle spese generali, I.V.A. e C.P.A.). Compensa le spese nei riguardi del Comune di Caserta.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1° marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Troiano, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere, Estensore

Alessandro Verrico, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppe Castiglia

IL PRESIDENTE
Paolo Troiano

IL SEGRETARIO