

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2743 del 2015, proposto da:

Roberto Vitale, rappresentato e difeso dagli avv.ti Sara Pedace e **Roberto** Maria Bisceglia, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Napoli, corso Umberto I, n. 23;

contro

Comune di Teverola, in persona del Sindaco, legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Marciano, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Napoli. Via Cesario Console, n. 3;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- "1) Del preavviso di diniego al permesso di costruire relativo alla realizzazione di monumento funerario nel cimitero del Comune di Teverola (CE), prat. Edilizia 125 del 2014, prot. 1360 del 20/2/15 a firma del responsabile dell'Ufficio, notificato al ricorrente in data 26/02/15;
- 2) Del diniego definitivo al permesso di costruire relativo alla realizzazione di monumento funerario nel cimitero del Comune

di Teverola (CE), prat. Edilizia 125 del 2014, prot. n. 2609 del 25/3/15, a firma del responsabile dell'Area Tecnica, notificato al ricorrente in data 1/4/15;

3) Di ogni altro atto conseguente e/o connesso a quelli come sopra impugnati ancorché ignoti.

Nonché per l'accertamento

Della formazione del silenzio assenso sull'istanza di rilascio del permesso di costruire di cui alla pratica edilizia n. 125 del 1/12/14."

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive:

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2016 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

Con il presente ricorso, ritualmente notificato in data 29 aprile 2015 e depositato in data 27 maggio 2015, **Roberto Vitale** ha chiesto l'annullamento del preavviso di diniego del permesso di costruire relativo alla realizzazione di un monumento funerario nel cimitero del Comune di Teverola (CE), pratica edilizia n. 125/2014, prot. 1360 del 20 febbraio 2015, adottato nei suoi confronti dal suddetto Comune, e del provvedimento prot. n.

2609 del 25 marzo 2015, notificato in data 1° aprile 2015, con cui è stato disposto nei suoi confronti il diniego del citato permesso di costruire; ha chiesto altresì l'accertamento della formazione del silenzio assenso sull'istanza di rilascio del permesso di costruire di cui alla medesima pratica edilizia n. 125/2014.

A sostegno del gravame il ricorrente con due motivi di ricorso ha dedotto le seguenti censure: 1) violazione del giusto procedimento, violazione della legge n. 241 del 1990, motivazione inesistente, carente e/o insufficiente.

Parte ricorrente, premesso che il preavviso di diniego è stato adottato sulla base della seguente motivazione: "La richiesta non è conforme a quanto previsto dall'art. 102 del vigente Regolamento di Polizia Mortuaria del Comune di Teverola", lamenta che il Comune resistente non avrebbe esplicitato in che cosa consisterebbe la mancata conformità al regolamento della polizia mortuaria, posta a fondamento del preavviso di diniego stesso; pertanto la motivazione sarebbe carente e generica. Il medesimo vizio affliggerebbe il provvedimento finale di diniego che non espliciterebbe le ragioni poste a fondamento del provvedimento stesso, nè avrebbe dato conto delle osservazioni prodotte in riscontro al preavviso di rigetto.

2) Violazione del giusto procedimento, violazione dell'art. 20 del d.p.r. n. 380 del 2001, carenza di potere in quanto il provvedimento di diniego sarebbe stato adottato allorquando si sarebbe già formato il silenzio assenso.

Si è costituito a resistere in giudizio il Comune di Teverola chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 3474 del 2 luglio 2015 questa Sezione, "RITENUTO necessario, al fine del decidere, acquisire il "Regolamento di Polizia Mortuaria del Comune di Teverola", richiamato nel provvedimento impugnato, nonché l'istanza di permesso di costruire, presentata da parte ricorrente per la costruzione di un monumento funerario nel cimitero del Comune di Teverola, pratica edilizia n.125/2014, assunta al protocollo comunale n. 8904 del 1° dicembre 2014" ha ordinato al Comune di Teverola di adempiere all'incombente istruttorio ed ha rinviato la causa per il prosieguo alla camera di consiglio del 4 novembre 2015.

Il Comune di Teverola in data 29 luglio 2015 ha adempiuto parzialmente alla suddetta ordinanza istruttoria, in quanto si è limitata a produrre il Regolamento di Polizia Mortuaria.

Parte ricorrente ha presentato una memoria per la camera di consiglio del 4 novembre 2015 nella quale ha, tra l'altro, rappresentato che il Regolamento di Polizia Mortuaria depositato in giudizio dall'amministrazione resistente sarebbe stato adottato in data successiva alla presentazione dell'istanza di permesso di costruire del 1° dicembre 2014 e, pertanto, non sarebbe applicabile alla fattispecie oggetto di gravame.

Con ordinanza n. 1924 del 5 novembre 2015 questa Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione ritenendo che, ad un primo esame sommario proprio della fase cautelare, emergessero profili per ritenere fondato il ricorso "per insufficiente motivazione, tenuto conto in particolare che:

- il provvedimento impugnato risulta motivato per relationem con riferimento al preavviso di rigetto, nel quale il suddetto Comune si limita ad affermare che "La richiesta non è conforme a quanto previsto dall'articolo 102 del vigente Regolamento di Polizia Mortuaria del Comune di Teverola", regolamento che, in riferimento ai monumenti, prevede una pluralità di fattispecie;
- nella motivazione del provvedimento finale non è data ragione del mancato accoglimento delle osservazioni presentate dopo il preavviso di rigetto, come sostenuto da parte ricorrente, in violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990".

Alla medesima camera di consiglio è stata disposta la fissazione dell'udienza pubblica del 20 aprile 2016 per la discussione del ricorso nel merito.

All'udienza pubblica del 20 aprile 2016 la causa è stata chiamata e assunta in decisione.

Il Collegio deve dichiarare innanzitutto l'inammissibilità della domanda di annullamento proposta da **Roberto Vitale** avverso il preavviso di diniego del permesso di costruire relativo alla realizzazione di un monumento funerario nel cimitero del Comune di Teverola, pratica edilizia n. 125/2014, prot. 1360 del 20 febbraio 2015, adottato nei suoi confronti dal suddetto Comune, e,

conseguentemente, l'inammissibilità delle relative censure proposte in parte con il primo motivo di ricorso.

Ed invero, per pacifica condivisibile giurisprudenza, il preavviso di rigetto, previsto dall'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, è un atto endoprocedimentale, privo, per sua stessa natura, di potenzialità lesiva, avente lo scopo di consentire all'interessato di instaurare un e proprio contraddittorio vero l'Amministrazione, mediante la presentazione delle proprie osservazioni o integrazioni documentali, al fine di aumentare così la possibilità di far modificare l'avviso della Pubblica Amministrazione e ottenere il soddisfacimento interessi. Infatti, sulla base delle osservazioni presentate dal soggetto interessato, la P.A. può addivenire ad una conclusione del procedimento diversa rispetto a quella prospettata nel preavviso di rigetto ovvero può confermare la propria posizione nell'atto di diniego che è il solo atto definitivo e, quindi, lesivo della sfera giuridica del destinatario (cfr. ex multis T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 9 novembre 2015, n. 5208, sez. VI, 25 febbraio 2015, n. 1256, T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 23 settembre 2015, n. 591).

Passando ad esaminare la domanda demolitoria relativa al provvedimento prot. n. 2609 del 25 marzo 2015, notificato in data 1° aprile 2015, con cui è stato disposto nei confronti dell'odierno ricorrente il diniego del citato permesso di costruire, il Collegio, in difetto di graduazione dei motivi da parte del ricorrente stesso, 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 di ricorso con il quale il **Vitale** lamenta la violazione del giusto procedimento e dell'art. 20 del d.p.r. n. 380 del 2001, il vizio di carenza di potere, in quanto il provvedimento di diniego sarebbe stato adottato allorquando si sarebbe già formato il silenzio assenso. La censura coglie nel segno.

Il provvedimento di diniego è illegittimo per essere stato lo stesso assunto in un momento in cui il potere comunale si era esaurito per effetto della formazione del silenzio-assenso sull'istanza presentata.

Infatti il comma 8 dell'art. 20 del d.p.r. n. 380 del 2001, comma così sostituito dall'art. 30, comma 1, lett. d), n. 1), del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, testo precedente le modifiche apportate dalla l. 28 dicembre 2015, n. 221, applicabileratione temporis nel caso di specie, prevede: "Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui al comma 9.".

I precedenti commi 3 e 6 prevedono, rispettivamente, per quello che in questa sede interessa: "3. Entro sessanta giorni dalla presentazione della domanda, il responsabile del procedimento cura l'istruttoria..."; "6. Il provvedimento finale, che lo sportello unico provvede a notificare all'interessato, è adottato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio, entro il termine di trenta giorni dalla proposta di cui al comma 3... Il termine di cui al primo periodo è fissato in quaranta giorni con la medesima decorrenza qualora il dirigente o il responsabile del procedimento abbia comunicato all'istante i motivi che ostano all'accoglimento della domanda, ai sensi dell'articolo 10-bis della citata legge n. 241 del 1990, e successive modificazioni.".

Applicando la suddetta normativa alla fattispecie oggetto di gravame deve ritenersi formato il silenzio assenso in quanto al 25 marzo 2015, data di emanazione del provvedimento di diniego, risulta spirato il termine di 100 giorni dalla data di presentazione dell'istanza, 10 dicembre 2014 (60 l'istruttoria e 40 per la decisione finale, essendo intervenuto il di rigetto e configurando tale non comunicazione motivo di interruzione del decorso del termine) (cfr. ex multis TAR Basilicata, Potenza, 26 agosto 2014, n. 560). Resta fermo il potere di annullamento d'ufficio da parte del Comune, ai sensi dell'art. 20, comma 3, della legge n. 241 del 1990.

Il Collegio, confermando quanto già sostenuto da questa Sezione nell'ordinanza n. 1924 del 5 novembre 2015, con la quale è stata accolta la domanda incidentale di sospensione cautelare proposta dal ricorrente, ritiene fondata anche l'ulteriore censura di cui al primo motivo di ricorso, con la quale

parte ricorrente lamenta la carenza e genericità della motivazione del provvedimento di diniego.

Ed invero il provvedimento di diniego oggetto di impugnazione, seppure motivato per relationem con riferimento al preavviso di rigetto, non può ritenersi congruamente motivato, in quanto il Comune resistente si è limitato ad affermare che "La richiesta non è conforme a quanto previsto dall'articolo 102 del vigente Regolamento di Polizia Mortuaria del Comune di Teverola".

Il predetto art. 102 del regolamento, in riferimento ai monumenti, prevede, infatti, una pluralità di fattispecie e, pertanto, non si comprende in riferimento a quale fattispecie sia stato disposto il diniego per cui è causa.

Alla luce di quanto sopra, deve concludersi che il provvedimento impugnato non indica in modo chiaro i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, in violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Si ritiene di dover precisare che, contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente, il Regolamento di Polizia Mortuaria, depositato in giudizio dall'amministrazione resistente in esecuzione dell'ordinanza istruttoria n. 3474 del 2 luglio 2015, deve ritenersi applicabile alla fattispecie oggetto di gravame. Ciò in quanto risulta adottato con delibera consiliare n. 16 del 16 aprile 2013, e modificato, limitatamente peraltro all'art. 65, con deliberazione del Consiglio Comunale n. 18

dell'11 dicembre 2014 e, pertanto, in data anteriore alla data di adozione del provvedimento di diniego, 25 marzo 2015.

Conclusivamente, il Collegio ritiene che i su illustrati profili di illegittimità abbiano una indubbia valenza assorbente, sicché la fondatezza delle dedotte censure comporta l'accoglimento della domanda demolitoria del provvedimento prot. n. 2609 del 25 marzo 2015 di diniego del permesso di costruire relativo alla realizzazione di un monumento funerario nel cimitero del Comune di Teverola, con l'assorbimento delle ulteriori censure, e, conseguentemente, l'annullamento del provvedimento stesso.

Le spese, tenuto conto di una soccombenza reciproca soltanto parziale, vengono compensate nella misura di un terzo mentre i rimanenti due terzi, secondo la regola della soccombenza, devono porsi a carico della parte resistente, nell'importo liquidato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile, in riferimento alla domanda di annullamento del preavviso di rigetto del Comune di Teverola prot. 1360 del 20 febbraio 2015, ed in parte lo accoglie, in relazione alla domanda demolitoria del provvedimento del Comune di Teverola prot. n. 2609 del 25 marzo 2015 di diniego del permesso di costruire.

Condanna parte resistente al pagamento di complessivi € 1.500,00 (euro millecinquecento/00), quale due terzi delle

spese, in favore di parte ricorrente, a titolo di spese, diritti e onorari di causa, oltre IVA e C.P.A e rifusione contributo unificato come per legge; compensa tra le parti il restante un terzo delle spese.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere

Rosalba Giansante, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 06/06/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)