

GIUSEPPE RUSSO

avvocato

protocollo@pec.comune.giugliano.na.it

Gent.ma dott.ssa
Emanuela Viola
Ufficio Avvocatura di
Giugliano in Campania (Napoli)


Salvatore Pagano c/ Cm. Giugliano in Campania

Trasmetto copia della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, n. 581/2021, che ha accolto il ricorso proposto dal sig. Salvatore Pagano per l'annullamento del provvedimento di diniego del condono edilizio del 4.11.2009 e dell'ordine di demolizione n. 4 del 15.1.2010.

Il T.A.R. ha, altresì, condannato il Comune al pagamento delle spese di lite, liquidate in € 3.000,00 oltre accessori come per legge, al rimborso del contributo unificato se versato, ed al pagamento del compenso liquidato al verificatore.

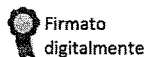
Sono a disposizione per ogni chiarimento ed invio cordiali saluti.

Napoli, 29 gennaio 2021.



Publicato il 27/01/2021

N. 00581/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00868/2010 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 868 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Salvatore Pagano, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Emiliano Pagano, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Lamberti in Napoli, via Costantino, 52;

contro

Comune di Giugliano in Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Russo, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Cesario Console,3 (St. Marone);

per l'annullamento

del provvedimento di diniego del condono edilizio del 4 novembre 2009 e dell'ordine di demolizione n. 4 del 15 gennaio 2010.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Giugliano in Campania;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2020, celebrata con modalità da remoto ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, la dott.ssa Germana Lo Sapio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia in esame ha ad oggetto il diniego prot. 48109 del 4 novembre 2009 di rilascio della "concessione in sanatoria" richiesta in data 23 dicembre 1994 ai sensi della legge 724/1994.

L'istanza era stata formulata in relazione a tre interventi edilizi: due manufatti in muratura di tufo, rispettivamente di mq. 51 e 2 mq circa, e una tettoia in lamiera di circa mq 70 adiacente al primo.

Come si evince dalla sintetica motivazione del provvedimento, il diniego è stato fondato sulla asserita violazione della zona di rispetto cimiteriale, sul presupposto che essi fossero posti ad una distanza inferiore ai 200 mt. dalle mura cimiteriali.

2. Parte ricorrente ha dedotto, in primo luogo, il difetto di motivazione, poiché i manufatti erano stati realizzati prima dell'apposizione del vincolo cimiteriale, nonché la violazione delle garanzie partecipative, non avendo il Comune preso in considerazione, nello specifico, le osservazioni endoprocedimentali prodotte dall'interessato; in secondo luogo, è stata invocata la formazione del silenzio-assenso, ex art. 39 della legge 724/1994, ricorrendone tutti i presupposti, sia in relazione alla completezza della documentazione allegata all'istanza (non essendo mai stata richiesta alcuna integrazione istruttoria), sia con riferimento ai presupposti di assentibilità, non sussistendo la violazione della distanza minima dalle mura cimiteriali.

3. Il Collegio, con ordinanza ex art. 66 c.p.a. n. 2542 del 14 maggio 2019, ha disposto verifica, ritenendo necessario accertare la "*distanza tra le opere edilizie (tre piccoli corpi di fabbrica uno adibito a cucina letto, uno adibito a*

servizio igienico e il terzo a capannone depositò) ubicate in Giugliano catasto fabbricati fl. 52 p.lla 17, oggetto della domanda di condono edilizio formulata in data 16 marzo 1995 n. 16186, e i “muri perimetrali del Cimitero”, sia con riferimento al perimetro cimiteriale sussistente nel 1984 (data di costruzione dell’edificio, secondo la tesi di parte ricorrente), che con riguardo ai successivi ampliamenti”, onerando l’organismo verificatore anche di relazionare in merito alla evoluzione storica delle scelte pianificatore concernenti l’area vincolata oggetto di interesse. All’esito di un sollecito (ordinanza n. 5140 del 29 ottobre 2019) e di una successiva sostituzione del funzionario delegato, con conseguenziale riassegnazione dei termini a garanzia del contraddittorio delle parti (ordinanza n. 3049 del 13 luglio 2020), in data 12 novembre 2020, è stata infine depositata la relazione di verifica.

4. Da tale mezzo istruttorio è emersa l’inesatta rappresentazione dello stato dei luoghi contenuta nell’atto di diniego, poiché, secondo quanto riferito dal verificatore, “*all’interno del perimetro di m 200 dal vecchio cimitero ricade per intero un piccolo manufatto in muratura di tufo (2,30 x 2,10 con h = 2,20) adibito a servizio igienico e, parzialmente, un secondo manufatto, anch’esso in muratura di tufo 4,10 x 2,80 con h = 1,55), adibito a porcilaia (entrambi attualmente in stato di abbandono)*”, quest’ultimo però non oggetto dell’istanza di condono.

5. Deve osservarsi che, quanto al *modus procedendi*, il verificatore ha ritenuto di non dover ripetere le attività di misurazione, poiché già condotte dall’amministrazione in ottemperanza all’ordinanza cautelare n. 1123/2010 (dei cui esiti il Comune dà conto nella nota prot. 10154 del 21 settembre 2010), mediante un “*rilievo celerimetrico effettuato in data 30 giugno 2010 per conto del Comune di Giugliano con teodolite WILD TC 500 ed ausilio di prisma ottico*”).

A prescindere da tale scelta metodologica, e dalla lamentata violazione delle garanzie partecipative prospettata da parte ricorrente (cfr. memoria del 15 marzo 2019), ritiene il Collegio che per esigenze di economia processuale possa comunque tenersi conto di tali risultanze, poiché esse – non contestate nel merito

dall'amministrazione – sono già sufficienti a ritenere fondato il primo motivo di ricorso.

6. Gli esiti della verifica hanno messo in luce l'approssimazione dell'istruttoria condotta dall'amministrazione nel procedimento di condono edilizio conclusosi con il provvedimento oggetto di questo giudizio, poiché i due manufatti di maggiore impatto urbanistico-edilizio (*"i locali adibiti a cucina letto e al capannone deposito"*) erano certamente al di fuori della fascia di rispetto cimiteriale di duecento metri, vigente al momento della formulazione dell'istanza.

7. Sul punto, deve osservarsi che, ai sensi dell'art. 33, comma 1, lett. d) L. n. 47 del 1985 (rientrante tra le previsioni richiamate dall'art. 39 L. n. 724 del 1994) non risultano sanabili le opere contrastanti con vincoli comportanti la inedificabilità delle aree; e che, quanto al vincolo cimiteriale: ai sensi dell'art. 338, comma 1, T.U. delle leggi sanitarie n. 1265/34 nella formulazione vigente prima delle modifiche apportate dalla L. n. 130 del 2001, *"i cimiteri debbono essere collocati alla distanza di almeno duecento metri dai centri abitati. È vietato di costruire intorno agli stessi nuovi edifici e ampliare quelli preesistenti entro il raggio di duecento metri"*; ai commi successivi, l'art. 338 prevedeva inoltre la possibilità di apportare deroghe sia al rispetto della distanza minima di duecento metri dai centri abitati, ai fini della costruzione e dell'ampliamento dei cimiteri, sia all'ampiezza della zona di rispetto, all'esito di un procedimento, su motivata richiesta, di competenza del Consiglio comunale e previo conforme parere dell'autorità sanitaria locale; inoltre, ai sensi dell'art. 57 D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285, *"1. I cimiteri devono essere isolati dall'abitato mediante la zona di rispetto prevista dall'art. 338 del testo unico delle leggi sanitarie, approvato con R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, e successive modificazioni. 2. Per i cimiteri di guerra valgono le norme stabilite dalla L. 4 dicembre 1956, n. 1428, e successive modifiche. 3. È vietato costruire, entro la fascia di rispetto, nuovi edifici o ampliare quelli preesistenti. 4. Nell'ampliamento dei cimiteri esistenti, l'ampiezza della fascia di rispetto non può essere inferiore a*

100 metri dai centri abitati nei comuni con popolazione superiore ai 20.000 abitanti ed a 50 metri per gli altri comuni. 5. Il terreno dell'area cimiteriale deve essere sciolto sino alla profondità di metri 2,50 o capace di essere reso tale con facili opere di scasso, deve essere asciutto e dotato di un adatto grado di porosità e di capacità per l'acqua, per favorire il processo di mineralizzazione dei cadaveri. 6. Tali condizioni possono essere artificialmente realizzate con riporto di terreni estranei. 7. La falda deve trovarsi a conveniente distanza dal piano di campagna e avere altezza tale da essere in piena o comunque col più alto livello della zona di assorbimento capillare, almeno a distanza di metri 0,50 dal fondo della fossa per inumazione"; (i commi 3 e 4 dell'articolo in esame sono stati successivamente abrogati dall'art. 28, comma 2, L. n. 166 del 2002).

8. Le esigenze igienico-sanitarie sottese all'imposizione di tale vincolo e la scelta legislativa di rimettere all'ente locale il potere pianificatorio di ridurre eventualmente la fascia di rispetto solo per la realizzazione di interessi imputabili alla collettività di riferimento, così escludendo una possibilità di deroga a tutela di interessi meramente individuali, depongono nel senso della natura assoluta di tale vincolo, con la conseguenza che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 31 e 33, comma 1, lett. d) L. n. 47 del 1985, 39 L. n. 724 del 1994 e 338, comma 1, T.U. delle leggi sanitarie n. 1265/34, "gli immobili edificati nelle fasce di rispetto cimiteriali non sono condonabili" (Cons. Stato Sez. VI, 10 aprile 2020, n. 2370; cfr. anche Consiglio di Stato, sez. II, 28 ottobre 2019, n. 7329, secondo cui "la situazione di inedificabilità prodotta dal vincolo è suscettibile di venire rimossa solo in ipotesi eccezionali e comunque solo per considerazioni di interesse pubblico, in presenza delle condizioni specificate nell'art. 338, quinto comma; e questo art. 338, quinto comma, non presidia interessi privati e non può legittimare interventi edilizi futuri su un'area indisponibile, sia per ragioni di ordine igienico-sanitario sia per la sacralità dei luoghi di sepoltura"; T.A.R. Napoli Sez. VIII, 18 ottobre 2019, n. 4978).

9. Da tale limitazione conformativa della proprietà privata e, comunque, delle

facoltà di godimento del bene immobile da parte di chi ne abbia la disponibilità (e la conseguente legittimazione ad avvalersi della disciplina eccezionale del “condono edilizio”) deriva, per l’amministrazione, il dovere di istruire correttamente il procedimento, con particolare riguardo all’effettivo stato dei luoghi; in tal senso incombe su di essa l’onere di procedere a puntuali e scrupolose attività di misurazione che, come attestato anche dal verificatore, se condotta con metodi tecnici accreditati, non conduce a risultati opinabili, ma certi.

10. Il difetto di istruttoria, poi riverberatosi nel difetto di motivazione, è pertanto idoneo a viziare il provvedimento di diniego definitivo, nonché, per illegittimità derivata (T.A.R. Napoli, Sez. III, 23 ottobre 2020, n. 4763), anche la successiva ordinanza di demolizione, adottata con esclusivo riferimento al presupposto diniego, che parte ricorrente ha ritualmente impugnato con il ricorso per motivi aggiunti.

11. In considerazione della comunicazione ex art. 7 della legge 241/90 prot. 10154 del 21 settembre 2010, con la quale il Comune, da un lato, avvisava dell’avvio del procedimento di ritiro in autotutela del precedente provvedimento n. 4/2010, nella parte in cui si riferiva alla dedotta violazione della fascia di rispetto cimiteriale anche per “*i locali adibiti a cucina letto e al capannone deposito*” e, dall’altro, preannunciava un successivo diniego dell’istanza di condono, sulla base di ulteriori ravvisate difformità, ritiene il Collegio di dover specificare le misure idonee ad assicurare l’attuazione della presente decisione ex art. 34 comma 1 lett. c) c.p.a.

Il Comune è tenuto a rideterminarsi in relazione all’istanza di condono, attenendosi alle emergenze istruttorie emerse in questo giudizio, ovvero, alla circostanza che due degli interventi edilizi, che lo stesso Comune ha ritenuto non costituenti un unico immobile (cfr. nota 10154/2010 cit.), rispettano la distanza minima cimiteriale di 200 metri.

Deve peraltro ritenersi applicabile al tratto procedimentale che seguirà la presente pronuncia, l’art. 10-bis della legge 241/90, come modificato dall’art. 12, comma 1,

lett. e), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, il cui quinto periodo prevede che *“in caso di annullamento in giudizio del provvedimento”* di diniego già preceduto, come nel caso in esame, dall’indicazione di motivi ostativi, in ossequio al principio di certezza e prevedibilità delle determinazioni assunte con la partecipazione collaborativa del privato, *“nell’esercitare nuovamente il suo potere l’amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall’istruttoria del provvedimento annullato”*.

In sostanza, in ottemperanza della presente decisione, l’amministrazione è tenuta ad adottare il provvedimento conclusivo del procedimento di condono edilizio, tenendo conto esclusivamente dei motivi ostativi già rappresentati prima dell’adozione del provvedimento di diniego, che concernevano unicamente la questione del rispetto del vincolo cimiteriale.

12. All’accoglimento del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti consegue la condanna dell’amministrazione al pagamento delle spese di lite, liquidate in dispositivo e comprensive del compenso per il verificatore, di cui al punto seguente.

13. Con istanza depositata in data 28 dicembre 2020, il funzionario incaricato per la verifica ha chiesto la liquidazione del compenso secondo il criterio delle vacanze (prima vacanza pari ad euro 14,68 e vacanze successive alla prima, pari ad euro 8,15), oltre che al rimborso delle spese giustificate.

Ritiene il Collegio che, pur condividendosi tale criterio, in considerazione della modalità prescelta per lo svolgimento delle verifiche, le quali sono state condotte senza una nuova attività di misurazione, ma sulla base delle misurazioni effettuate nel 2010 dall’amministrazione comunale (cfr. supra punto 5), sia eccessivo il numero di 150 vacanze per le attività di *“studio, analisi, sopralluoghi, valutazione e redazione relazione tecnica conclusiva”*, dovendosi quanto meno escludersi le attività di misurazione *in loco*.

Appare invece congruo, anche considerando, per altro verso, la analiticità nella

ricostruzione della documentazione acquisita presso il Comune resistente, procedere alla liquidazione dell'onorario, sulla base di complessive 100 vacanze, con la conseguente liquidazione per esso di euro 821,53, al quale va aggiunto il rimborso delle spese che l'ausiliario ha debitamente giustificato, pari ad euro 114,50.

Deve pertanto porsi a carico di parte soccombente anche la complessiva liquidazione del compenso spettante al verificatore, pari ad euro 936,03.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi introduttivo e per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie con conseguente annullamento dei provvedimenti indicati in epigrafe.

Condanna il Comune al pagamento delle spese di lite in favore di parte ricorrente, che liquida in euro 3.000,00, oltre accessori come per legge, oltre al rimborso del contributo unificato, se versato; condanna altresì il Comune al pagamento delle spese di verifica, nella misura del compenso liquidato al verificatore.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2020, celebrata con modalità da remoto ai sensi dell'art. 25 del. D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere

Germana Lo Sapio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Germana Lo Sapio

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO