

Pubblicato il 07/09/2018

N. 05423/2018 REG.PROV.COLL.
N. 05186/2009 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 5186 del 2009, proposto da
ANGELO D'ANIELLO, RITA D'ANIELLO e MICHELA D'ANIELLO,
rappresentati e difesi dagli Avv.ti Alfonso Capasso ed Angelica La Montagna,
con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia dei loro difensori;

contro

COMUNE DI VOLLA, rappresentato e difeso dall'Avv. Giovanni Leone,
presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Napoli al Viale Gramsci n.
17/B;

per l'annullamento

- a) della disposizione dirigenziale del Comune di Volla prot. n. 8490 del 22 maggio 2006, con la quale è stata respinta l'istanza di condono edilizio presentata il 27 marzo 1986 per la sanatoria di un appartamento realizzato nel territorio comunale alla Via San Giorgio su area distinta in catasto al foglio 5, particella 53;
- b) di ogni altro atto anteriore, connesso e/o conseguenziale, comunque lesivo degli interessi dei ricorrenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2018 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I ricorrenti sono stati destinatari della disposizione dirigenziale prot. n. 8490 del 22 maggio 2006, con la quale il Comune di Volla ha rigettato la domanda di condono edilizio, presentata il 27 marzo 1986 dalla loro dante causa Rita Casapulla ai sensi della legge n. 47/1985, per la sanatoria di un appartamento di proprietà realizzato nel territorio comunale alla Via San Giorgio su area distinta in catasto al foglio 5, particella 53.

Gli stessi impugnano il suddetto provvedimento, il quale poggia essenzialmente sul rilievo che "l'opera abusiva per la quale si chiede il condono non è suscettibile di sanatoria perché ricade nella fascia di rispetto cimiteriale, e quindi in zona sottoposta a vincolo di inedificabilità, imposto in data antecedente alla costruzione del medesimo".

L'intimata amministrazione comunale si è costituita in resistenza.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 22 maggio 2018.

2. Vale premettere, per una migliore comprensione della vicenda contenziosa, che, dovendo la domanda di condono essere esaminata tenendo conto della normativa vigente al momento della conclusione del procedimento amministrativo, appare assolutamente plausibile che l'amministrazione comunale abbia individuato la fascia di rispetto cimiteriale con riferimento al quadro normativo in vigore nel maggio 2006, ossia facendo applicazione dell'art. 338 del regio decreto n. 1265/1934 (pure richiamato nel corpo del

provvedimento di diniego), nella versione risultante a seguito delle modifiche da ultimo apportate dalla legge n. 166/2002.

Ebbene, ai sensi del primo comma dell'art. 338 cit., tale fascia di rispetto copre la distanza di 200 metri dal perimetro dell'impianto cimiteriale – la disposizione, infatti, così recita (per la parte di odierno interesse): “E’ vietato costruire intorno ai cimiteri nuovi edifici entro il raggio di 200 metri dal perimetro dell'impianto cimiteriale, quale risultante dagli strumenti urbanistici vigenti nel comune o, in difetto di essi, comunque quale esistente in fatto, salve le deroghe ed eccezioni previste dalla legge.” – per cui è ragionevolmente da ritenere che il condono sia stato denegato perché l'appartamento da sanare si collocava nella fascia dei 200 metri dal perimetro della struttura cimiteriale, della quale nel provvedimento si sottolineava comunque l'anteriore realizzazione (con conseguente automatica imposizione del vincolo) rispetto all'opera abusiva.

2.1 Giova altresì aggiungere, a fini di inquadramento normativo, che è principio pacifico che la fascia di rispetto cimiteriale dei 200 metri, prevista dall'art. 338 cit., costituisca un vincolo di inedificabilità assoluta, che non consente in alcun modo l'allocatione sia di edifici sia di opere incompatibili col vincolo medesimo, in considerazione dei molteplici interessi pubblici che tale zona di rispetto intende tutelare e che possono enuclearsi nelle esigenze di natura igienico-sanitaria, nella salvaguardia della peculiare sacralità che connota i luoghi destinati all'inumazione e alla sepoltura, nonché nel mantenimento di un'area di possibile espansione della cinta cimiteriale (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2016 n. 949).

Peraltro, a termini dell'art. 33 della legge n. 47/1985, la collocazione di una costruzione abusiva all'interno di un'area soggetta a vincolo di inedificabilità assoluta, ne impedisce la condonabilità solo se il vincolo è stato imposto prima della realizzazione della costruzione stessa; in caso contrario, ossia nell'ipotesi di sopravvenienza del vincolo di inedificabilità rispetto all'esecuzione delle opere abusive, va applicato il regime di favore previsto in

via generale dall'art. 32 della legge cit. e la costruzione diventa sanabile ove intervenga il parere favorevole dell'autorità preposta alla gestione del vincolo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 novembre 2017 n. 5617; Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 maggio 2015 n. 2678; TAR Liguria, Sez. I, 4 dicembre 2012 n. 1561; TAR Lazio Roma, Sez. II, 7 settembre 2012 n. 7613).

3. Ciò premesso in punto di fatto e di diritto, si può dare corso allo scrutinio delle censure formulate avverso il contestato diniego di condono, le quali sono così riassumibili:

a) il diniego non è mai stato notificato ai ricorrenti, che ne hanno avuto conoscenza per puro caso in seguito ad un accesso effettuato presso gli uffici comunali;

b) lo stesso non è stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, in violazione delle prerogative partecipative garantite dagli artt. 7 e seguenti della legge n. 241/1990;

c) il vincolo di inedificabilità inerente alla fascia di rispetto cimiteriale si applica solo ai centri abitati e non anche ai fabbricati sparsi, come quello di specie;

d) l'estensione della fascia di rispetto è stata erroneamente calcolata dal perimetro e non dal centro del cimitero;

e) l'appartamento dei ricorrenti ricade al di fuori della fascia di rispetto, che è stata ridotta a 100 metri con ordinanza del Sindaco di Volla n. 85 del 6 dicembre 2001 e poi è stata ulteriormente ridotta con successivi provvedimenti comunali a 50 metri dal centro del cimitero;

f) l'amministrazione comunale è incorsa in difetto di istruttoria, non avendo tenuto conto che nella specie si tratta non di un vincolo di inedificabilità assoluta ex art. 33 della legge n. 47/1985, ma di un vincolo di inedificabilità relativa ai sensi del precedente art. 32, dal momento che l'immobile abusivo è stato realizzato (in data antecedente al marzo 1984) prima dell'imposizione del vincolo determinata dalla costruzione del cimitero e dal suo ampliamento deliberato con atto consiliare del 29 marzo 1989. Ne discende che il

procedimento amministrativo posto in essere avrebbe, più correttamente, dovuto seguire l'iter del previo rilascio del parere favorevole dell'autorità preposta alla gestione del vincolo, ossia dell'autorità sanitaria rappresentata dall'ASL territorialmente competente, piuttosto che risolversi tout court per il diniego dell'istanza di sanatoria;

g) il diniego di condono è affetto da difetto di motivazione "in ordine alle ragioni concrete di incompatibilità del fabbricato con il vincolo";

h) il riscontro negativo dell'istanza di sanatoria è viziata da eccesso di potere per disparità di trattamento, "avendo l'amministrazione comunale nella stessa fascia di rispetto autorizzato lo svolgimento di attività di natura diversa da quella residenziale, quale lo svolgimento del mercato comunale, di attività artigianali varie".

Tutte le prefate censure non meritano condivisione per le ragioni di seguito esplicitate.

4. Nel caso di diniego di condono, la mancata e/o non corretta notifica del relativo provvedimento non determina l'illegittimità dello stesso, ma incide esclusivamente sulla decorrenza dei termini per impugnare: la notifica del provvedimento di diniego, infatti, lungi dal costituire requisito necessario ai fini dell'esistenza o della validità dell'atto, è prevista dalla legge ai soli fini della certezza della sua conoscenza e, quindi, della sua efficacia nei confronti del destinatario, il quale, impugnandola, ha dimostrato di averne avuto conoscenza, seppure tardiva, con conseguente slittamento del dies a quo per la decorrenza del termine per proporre ricorso (orientamento consolidato: cfr. per tutte TAR Lazio Latina, Sez. I, 22 settembre 2014 n. 725; TAR Campania Napoli, Sez. VIII, 12 giugno 2014 n. 3268).

5. Il procedimento di condono edilizio è aperto dalla domanda del privato, il che esclude la necessità della previa comunicazione di avvio del procedimento persino in caso di successivo trasferimento del bene abusivo (come nel caso di specie), atteso che la verifica di condonabilità viene determinata sulla base di

parametri e valori fissi prefissati per legge (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 settembre 2013 n. 4631; Consiglio di Stato, Sez. V, 14 giugno 2013 n. 3315).

6. Per espressa menzione di legge (cfr. lettera dell'art. 338, comma 1, del regio decreto n. 1265/1934), il vincolo di inedificabilità relativo alla fascia di rispetto cimiteriale si applica ad ogni tipo di edificio, anche isolato sul territorio, e non solo ai centri abitati e, peraltro, va calcolato dal perimetro esterno e non dal centro del cimitero, come correttamente ha fatto l'amministrazione.

7. Parte ricorrente non fornisce alcun elemento di prova atto a dimostrare che l'appartamento in questione fosse ubicato al di fuori della fascia di rispetto dei 200 metri individuata dalla legge, con la conseguenza che non riesce ad essere confutato l'assunto dell'amministrazione circa la collocazione dell'opera abusiva nell'area soggetta a vincolo.

Parimenti, parte ricorrente non può giovare della disciplina comunale di settore contenuta nell'ordinanza sindacale n. 85/2001, che ha ridotto la fascia di rispetto cimiteriale a soli 100 metri, dal momento che tale disciplina è stata superata dal nuovo testo dell'art. 338 del regio decreto n. 1265/1934, come introdotto dalla legge n. 166/2002, il quale ha definitivamente fissato in 200 metri l'estensione dell'area vincolata. Si osserva, per la precisione, che la predetta riforma legislativa, per il suo carattere totalmente innovatorio, non può non aver comportato l'abrogazione delle regolamentazioni comunali in tema di fascia cimiteriale emanate nella vigenza del precedente quadro normativo, con la conseguenza che tali discipline, al pari di quella di specie, devono intendersi attualmente prive di qualsiasi efficacia ed imperatività.

Inoltre, nessun valido principio di prova è stato addotto dai ricorrenti a sostegno della tesi della successiva ulteriore riduzione, in via autoritativa, della fascia di rispetto a 50 metri dal centro del cimitero. Ad ogni modo, i corrispondenti provvedimenti comunali, laddove esistenti, andrebbero comunque disapplicati perché in contrasto con il chiaro dettato legislativo nella sua nuova formulazione (cfr. art. 338 cit., comma 5), che ammette la

riduzione della fascia di rispetto solo in casi eccezionali, legati all'esecuzione di opere di interesse pubblico, e sempre partendo dal perimetro dell'impianto cimiteriale.

8. Nemmeno assume plausibilità il prospettato difetto di istruttoria, giacché parte ricorrente non ha fornito alcuna prova effettiva in ordine alle seguenti dirimenti circostanze, ciascuna significativa della sussistenza di tale vizio: i) la preesistenza dell'immobile abusivo alla costruzione del cimitero, laddove la fascia di rispetto sia rimasta invariata e sia stata computata con riferimento al muro di cinta originario; ii) in alternativa, la collocazione dell'immobile all'interno della nuova fascia di rispetto, come rideterminata a seguito dell'ampliamento deliberato nel 1989, la quale renderebbe di per sé l'imposizione del vincolo successiva alla costruzione abusiva (pacificamente realizzata in un periodo antecedente al marzo 1984).

Ne discende che la tesi della sussistenza del vincolo di inedificabilità relativa, non risultando assistita dal necessario supporto probatorio, si palesa del tutto inattendibile.

9. Anche il denunciato difetto di motivazione non trova conforto nelle evidenze processuali, se solo si pone mente al corredo motivazionale del provvedimento di diniego, sufficientemente esaustivo in merito all'assoluta incompatibilità dell'opera abusiva con il vincolo di inedificabilità individuato nello specifico.

10. Infine, inammissibile per genericità si profila la censura di disparità di trattamento, dal momento che parte ricorrente non specifica i casi in cui l'amministrazione comunale abbia ritenuto (illegittimamente) di autorizzare l'esecuzione di costruzioni nella fascia di rispetto per consentire lo svolgimento di attività di natura diversa da quella residenziale.

10.1 Ad ogni buon conto, anche laddove fossero stati indicati tali specifici casi, la censura non sortirebbe nel merito miglior esito, atteso che l'eccesso di potere per disparità di trattamento non è configurabile quando il termine di raffronto consista in precedenti atti non conformi a legge, essendo evidente

che colui che sia stato legittimamente escluso da un determinato beneficio non può invocare l'eventuale illegittimità commessa a favore di altri al fine di ottenere che essa venga compiuta anche in proprio favore (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 agosto 2010 n. 5980).

11. In conclusione, resistendo il provvedimento impugnato a tutte le censure prospettate, il ricorso deve essere respinto siccome infondato.

Le spese processuali devono essere addebitate alla soccombente parte ricorrente, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna i ricorrenti in solido a rifondere in favore del Comune di Volla le spese processuali, che si liquidano in complessivi € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

Germana Lo Sapio, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Carlo Dell'Olio

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO