

Pubblicato il 24/08/2020

N. 01047/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00984/2019 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso, numero di registro generale 984 del 2019, proposto da:

Pasquale Milito, rappresentato e difeso dall'Avv. Alfonso Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto, in Salerno, alla via Piave, 1, presso l'Avv. Ennio De Vita;

contro

Comune di Castel San Giorgio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Giorgio Chirico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto, in Salerno, alla piazza San Tommaso d'Aquino, 3, presso la Segreteria del T. A. R. Salerno;

nei confronti

Massimo Amarante, rappresentato e difeso dall'Avv. Vincenzo Scarano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto, in Salerno, alla via M. Incagliati, 12, presso l'Avv. Giovanni Caliulo;

per l'annullamento

- A) del permesso di costruire n. 4 del 27.03.2019, pratica n. 76 anno 2017, notificato all'interessato in data 27.03.2019, solo di recente conosciuto, a seguito dell'inizio dei lavori e del relativo riscontro all'accesso agli atti, con cui si è assentita nei confronti del controinteressato, la costruzione di un fabbricato per civile abitazione in Castel San Giorgio, alla via Luigi Guerrasio, mappale n. 1045 sub, foglio catastale 9, confinante con il ricorrente (a diretto ridosso dell'immobile di proprietà);
- B) ove occorra, e per quanto di ragione, della relazione prot. n. 31323 dell'11.12.2018, sull'immobile individuato in catasto al foglio 9, mappale 1046, di cui non si conosce il contenuto e la portata, richiamata per relationem nel provvedimento sub A);
- C) ove occorra, e per quanto di ragione, della nota prot. n. 31650/2018 del 13.12.2018, richiamata nel provvedimento sub A), di cui non si conosce il contenuto e la portata, con cui si attivava il procedimento d'annullamento in autotutela sia del provvedimento di accoglimento prot. n. 26138 del 16.10.2018 sia del parere reso dal Responsabile del Procedimento, in data 14.06.2018, n. 67/17, in merito al rilascio del permesso di costruire sub A);
- D) ove occorra, e per quanto di ragione, del provvedimento d'accoglimento, prot. 26138 del 16.10.2018, per il rilascio del permesso di costruire, di cui non si conosce il contenuto e la portata;
- E) ove occorra, e per quanto di ragione, del parere reso dal Responsabile del Procedimento in data 14.06.2018, n. 67/17, per il rilascio del permesso di costruire, di cui non si conosce il contenuto e la portata;
- F) ove occorra, e per quanto di ragione, della nota del Sindaco, prot. n. 15696 del 28.06.2018, di cui non si conosce il contenuto e la portata;
- G) ove occorra, e per quanto di ragione, del parere del Responsabile del Procedimento, prot. 67/2017 del 4.09.2018, in uno all'annessa proposta motivata (ex art. 4 del d. l. 398/93), di cui non si conosce il contenuto e la portata;

- H) ove occorra, e per quanto di ragione, del parere favorevole della Soprintendenza BAP di Salerno del 2.10.2018, prot. n. 22237, di cui non si conosce il contenuto e la portata;
- I) ove occorra, e per quanto di ragione, dell'Autorizzazione Paesaggistica n. 6/2018, rilasciata in data 11.10.2018, dal 4° settore del Comune di Castel San Giorgio, con prot. 25623 dell'11.10.2018, di cui non si conosce il contenuto e la portata;
- L) ove occorra, e per quanto di ragione, del provvedimento d'archiviazione, prot. n. 8452 del 21.03.2019, relativo al procedimento, prot. n. 31650 del 13.12.2018, di conferma della determinazione dell'U. T. C. di cui alla nota, prot. 26138 del 16.10.2018, di cui non si conosce il contenuto e la portata;
- M) ove occorra, e per quanto di ragione, del parere legale, prot. n. 13698 del 20.10.1998, di cui non si conosce il contenuto e la portata;
- N) ove occorra, e per quanto di ragione, della S. C. I. A. prot. n. 23561 del 24.09.2018, solo di recente conosciuta, con cui s'è dato corso alla realizzazione di un ingresso in sopraelevato al lotto oggetto d'edificazione, a mezzo di congiunzione diretta all'opera (cavalcavia), sovrastante la struttura della linea ferroviaria;
- O) ove occorra, e per quanto di ragione, del provvedimento di nulla osta, rilasciato dal Servizio Viabilità della Provincia di Salerno (provvedimento, prot. n. 34623 del 22.05.2018), di cui non si conosce il contenuto e la portata;
- P) di tutti gli atti, presupposti, connessi e consequenziali, anche di estremi ignoti, comunque ostativi all'accoglimento del ricorso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castel San Giorgio e di Massimo Amarante;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 1° luglio 2020, tenuta da remoto in modalità TEAMS, il dott. Paolo Severini;

Uditi per le parti i difensori, con le stesse modalità, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue;

FATTO

Il ricorrente, proprietario di un immobile sito in Castel San Giorgio, alla via Luigi Guerrasio, a ridosso con il terreno del controinteressato, su cui l'Amministrazione Comunale aveva assentito "la realizzazione di un fabbricato con più unità immobiliari, da adibire a civile abitazione", premesso che:

"il menzionato assenso edilizio (...): a) viola le distanze legali previste dalla strumentazione urbanistica, rispetto alla proprietà del ricorrente (10 metri); b) ricade in piena fascia di rispetto cimiteriale (200 metri), ovvero a circa 74 metri dalle mura di cinta del cimitero; c) la struttura non rispetta la norma di salvaguardia, atteso che il titolo edilizio è stato rilasciato in piena adozione del nuovo P. U. C. che non solo ha confermato la fascia di rispetto cimiteriale ma ha mutato la classificazione della zona da B2 (residenziale di completamento) in B1 (area satura); d) non risulta munito del nulla osta delle Ferrovie dello Stato, né di autorizzazione preventiva sismica, da parte dell'Ufficio del Genio Civile, in ordine all'intervento (non a raso) di congiuntura, con aggancio al ponte esistente di altra opera in sopraelevata (costruzione che comunque necessita di rispetto delle distanze legali da pareti finestrate), onde fornire un ingresso veicolare al lotto da edificare";

articolava, avverso gli atti indicati in epigrafe, le seguenti censure in diritto:

I) VIOLAZIONE DI LEGGE (TESTO UNICO DELLE LEGGI SANITARIE R. D. 1265 DEL 27 LUGLIO 1934 IN COMBINATO DISPOSTO CON LA L. 166/2002) – DIFETTO DI MOTIVAZIONE – ILLOGICITÀ MANIFESTA – ECCESSO DI POTERE – CONTRADDITTORIETÀ – DIFETTO DEL PRESUPPOSTO:

"l'Amministrazione Comunale approva il progetto che prevede l'edificazione a soli 74 metri dalla struttura cimiteriale, in pratica in piena fascia di rispetto

cimiteriale, in violazione delle regole di inedificabilità assoluta”; “il richiamo al parere legale (datato anno 1998) si palesa del tutto inconferente, trattandosi di struttura ex novo, il che configura la violazione di una norma imperativa, che non consente alcuna deroga di sorta (edilizia privata)”; “il T. U. delle Leggi Sanitarie R. D. n. 1265 del 27 luglio 1934 ha disposto con l’art. 338 il divieto di costruire nuovi edifici o di ampliare quelli preesistenti entro il raggio di 200 metri intorno ai cimiteri, fascia misurata a partire dal muro di cinta del cimitero”; “con la l. 166/2002, art. 28, si consentono per edifici esistenti soltanto interventi di recupero, in particolare quelli di cui al primo comma dell’art. 31 l. 457/1978, ovvero manutenzione ordinaria e straordinaria, restauro e ristrutturazione edilizia”; “con la l. 166/2002, è stata ribadita la restrizione dell’attività edificatoria privata nelle aree circostanti i plessi cimiteriali: divieto di costruire intorno ad essi nuovi edifici e ampliare quelli preesistenti, entro il raggio di duecento metri (fascia d’inedificabilità verso i privati)”; “la riduzione della fascia di rispetto è consentita al Consiglio Comunale (non su istanza dei cittadini), al solo fine di attuare opere d’interesse pubblico o un intervento urbanistico (quindi interventi complessi e non di edilizia privata), previo parere della competente azienda sanitaria locale, sia per ampliare sia per realizzare nuovi edifici (inquadriati in un intervento urbanistico)”; “la deroga in ogni caso non è invocabile nel caso di edilizia privata”; “la procedura di riduzione della fascia inedificabile in questione (deroga) è possibile nel solo interesse pubblico, atteso che l’area cimiteriale determina una situazione di inedificabilità ex lege, suscettibile di venire rimossa solo in ipotesi eccezionali e comunque solo per considerazioni d’interesse pubblico, in presenza delle condizioni contemplate nell’art. 338, quarto comma, ma non per interessi privati, come ad esempio per legittimare ex post realizzazioni edilizie abusive di privati, o comunque interventi edilizi futuri, su un’area a tal fine indisponibile”;

II) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 12, COMMA 3, DEL D.P.R. N.380/2001, IN COMBINATO DISPOSTO CON LA LEGGE

REGIONALE CAMPANIA N. 16/2004) - VIOLAZIONE DI LEGGE (TESTO UNICO DELLE LEGGI SANITARIE R.D. 1265 DEL 27 LUGLIO 1934 IN COMBINATO DISPOSTO CON LA L. 166/2002) – DIFETTO DI MOTIVAZIONE – ILLOGICITÀ MANIFESTA – ECCESSO DI POTERE – CONTRADDITTORIETÀ – DIFETTO DEL PRESUPPOSTO:

“L’Amministrazione Comunale di Castel San Giorgio ha adottato il nuovo P.U.C. con deliberazione di Giunta Comunale n. 366 del 20.12.2018, successivamente pubblicata sul B.U.R.C. n. 1 del 7.01.2019; l’area ad oggetto di intervento è stata modificata dall’originaria area B2 (residenziale – completamento) in area B1 (satura), confermando l’esistenza del vincolo di rispetto della fascia cimiteriale d’inedificabilità”; “il permesso di costruire, dopo un iter travagliato, è stato rilasciato solo in data 27.03.2019 (notifica), ovvero a seguito d’archiviazione del procedimento d’annullamento, dopo l’intervenuta adozione del nuovo P.U.C.: segue l’applicazione delle norme di salvaguardia; e, invero, l’adozione di un nuovo piano comporta la compresenza, pro tempore, di due strumenti urbanistici, entrambi efficaci, con la conseguenza che l’Amministrazione Comunale è obbligata ad evitare che l’assetto fissato dal piano adottato, ma non ancora approvato, possa risultare compromesso dal rilascio di titoli edilizi; si tratta delle cd. misure di salvaguardia, la cui procedura è disciplinata a livello nazionale dall’art. 12, comma 3, del d. P. R. 380/2001, oltre che dalla l. r. C. 16/2004”, comportando la sospensione d’ogni determinazione sulle domande di costruzione se gli interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia siano in contrasto con il piano adottato; laddove, nella specie, “s’è proceduto al rilascio del titolo edilizio in piena efficacia del P. U. C. adottato, che aveva mutato l’area in zona B1 satura (inedificabile), confermando il vincolo di delimitazione della fascia di rispetto cimiteriale”; e il “titolo edilizio, alla data del rilascio (27.03.2019) non trovava alcuna conformità urbanistica nel PUC

adottato (B1 satura) inedificabile, oltre a trovarsi in piena fascia di rispetto cimiteriale”;

III) VIOLAZIONE DI LEGGE (DPR 380/2001) – ECCESSO DI POTERE – DIFETTO D’ISTRUTTORIA – ILLOGICITÀ MANIFESTA – DIFETTO DI MOTIVAZIONE – ARBITRARIETÀ – CONTRADDITTORIETÀ:

“quando occorra valutare la domanda del confinante d’edificare sul proprio suolo, può incidere sulla posizione giuridica di chi abbia diritto d’edificare l’esistenza di un manufatto “abusivo”, purché l’abusività sia definitivamente accertata; anzi, “è interesse di chi deve realizzare una struttura immobiliare ex novo l’onere di sollecitare tali provvedimenti, atteso che una volta emanati consentono il ripristino della legalità violata e dunque la realizzazione della costruzione nel rispetto della distanza di legge”; nella specie, “l’erigendo fabbricato è posto ad una distanza minore di metri 5 dalla struttura del ricorrente, in particolare in ordine alla retrostante pensilina con relativi annessi pilastri, ove è localizzata una struttura forno per la relativa attività artigianale, regolarmente assentita con autorizzazione, prot. n. 3930 del 3.04.1991: detta pensilina, adiacente al fabbricato del ricorrente, risulta essere assoggettata a regolare domanda di condono, non ancora evasa”, onde, “nelle more della definizione del condono non poteva tale struttura essere considerata priva di legittimazione urbanistica”; da cui “l’illegittimità dell’archiviazione della procedura di secondo grado attivata, in uno al rilascio del gravato permesso a costruire”, venendo “violata la disciplina pubblicistica sulle distanze tra le costruzioni”; insomma, “all’atto del rilascio del p. d. c., devono comunque essere rispettate le distanze previste dalle norme applicabili, anche in riferimento ad un corpo di fabbrica su cui pende domanda di condono, non ancora definita”; l’Amministrazione aveva dato corso ad un procedimento di secondo grado (di verifica), in ordine alla regolarità urbanistica dell’opus da assentire, ma lo stesso s’era concluso “con

una repentina archiviazione di detta procedura, in assenza d'esplicita e concreta motivazione”;

IV) VIOLAZIONE DI LEGGE (DPR 380/2001) – ECCESSO DI POTERE – DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – ARBITRARIETÀ – ILLEGITTIMITÀ MANIFESTA - ILLOGICITÀ – MANCATO RISPETTO DEGLI INDICI EDIFICATORI DEL LOTTO, APPLICANDO IL PRG – VIOLAZIONE ART. 9.10 DELLE N.T.A.:

“a tutto voler concedere, stante l'applicazione delle N. T. A. del P. R. G., previgente all'adozione del P. U. C., nel conteggio delle volumetrie, contrariamente a quanto previsto dalla norma tecnica di attuazione art. 9.10, non s'è tenuto conto (nel calcolo complessivo planovolumetrico dalla struttura a realizzarsi) del volume della scala dell'edificio assentito”: e “tale omissione ha consentito arbitrariamente d'assentire una volumetria eccedente pari a 200 mc., superiore agli indici edificatori del lotto”;

V) VIOLAZIONE DI LEGGE (DPR 380/2001) – ECCESSO DI POTERE – DIFETTO DEL PRESUPPOSTO – ARBITRARIETÀ – ILLEGITTIMITÀ MANIFESTA –ILLOGICITÀ:

“l'assenso alla realizzazione della struttura in sopraelevata, avutasi a mezzo S.C.I.A., per l'accesso diretto (non a raso) su di un'opera di compensazione al tracciato ferroviario sottostante (cavalcavia), viene richiamato nella parte grafico progettuale del rilasciato permesso a costruire impugnato”; “nella S.C.I.A., a ben vedere, si faceva unicamente riferimento all'accesso ad un fondo e non alla realizzazione di una struttura con sei unità immobiliari da adibire a civile abitazione, che cambia il flusso e la frequenza del relativo accesso sulla menzionata strada provinciale (cavalcavia delle Ferrovie dello Stato)”; sicché: a) “la menzionata struttura in sopraelevata con aggancio diretto al preesistente cavalcavia (opera di compensazione al tracciato ferroviario sottostante) è stata assentita, in assenza del nulla osta delle Ferrovie dello Stato, trattandosi di intervento che ha manomesso una struttura di opera strategica, in ordine alla viabilità non solo provinciale ma

anche ferroviaria, nonché in assenza di preventiva autorizzazione sismica, da parte del competente Genio Civile, trattandosi di intervento di accesso non a raso ma in sopraelevata all'assetto viario del ponte (innesto), con conseguente incidenza rispetto alla parte strutturale del cavalcavia"; b) "la menzionata opera, come realizzata, non rispetta le distanze legali dalle pareti finestrate della proprietà immobiliare del ricorrente (metri 10), nonché la relativa distanza codicistica di metri 3 per le vedute"; c) "il lotto, in assenza del menzionato autorizzato accesso con opere, in assenza di adeguata istruttoria di valutazione del rischio non solo veicolare ma relativo alla sottostante linea ferroviaria, in uno alla verifica sismica della capacità strutturale per l'opera in aggancio (innesto) realizzata (accesso non a raso contrariamente a quanto autorizzato dal settore viabilità provinciale), risulta intercluso, perché sono falsi gli ulteriori accessi privati riportati nella parte grafica progettuale, non sussistendo alcuna servitù di passaggio".

Dopo il deposito di memoria e di documenti, nell'interesse del ricorrente, si costituiva in giudizio il controinteressato, con memoria di stile, producendo relazione tecnica di parte e documentazione, nonché, quindi, uno scritto difensivo in cui eccepiva, in via preliminare, l'irricevibilità del ricorso, per tardiva impugnazione del titolo autorizzativo, rispetto alla conoscenza dello stesso; "invero, come lo stesso ricorrente dà atto nel ricorso (peraltro impugnandolo al capo d) dell'epigrafe), il Comune di Castel San Giorgio rilasciava il permesso di costruire con provvedimento di accoglimento prot. n. 26138 del 16.10.2018 (nel quale quantificava anche gli oneri da versare, la cui attestazione di pagamento veniva depositata il 6.11.2018). Ora, l'ente, con nota, prot. n. 31650/2018 del 13.12.2018, aveva avviato nei confronti del controinteressato il procedimento d'annullamento in autotutela del provvedimento di accoglimento, prot. n. 26138 del 16.10.2018 e del parere reso dal responsabile del procedimento del 14.6.2018, n. 67/17 per il rilascio del permesso di costruire. Ebbene, il ricorrente, in data 12.11.2018, aveva prodotto un esposto in cui manifestando di conoscere sufficientemente gli

atti progettuali, contestando l'autorizzazione alla costruzione rilasciata il 16.10.2018, in base alle previsioni di progetto. In secondo luogo, in data 5.2.2019 il ricorrente riceveva la notifica del ricorso, proposto dal controinteressato avverso il silenzio formatosi sull'istanza di archiviazione del procedimento, avviato con la nota del 13.12.2018 (impugnata al punto c); in tale atto processuale venivano ampiamente trattati il provvedimento autorizzativo del 16.10.2018, nonché la questione della distanza legale. A fronte di ciò, è evidente, sia sulla scorta dell'esposto prodotto, sia della notifica del ricorso, che sin dal 12.11.2018 e/o in ogni caso dal 5.2.2019 il ricorrente fosse perfettamente a conoscenza dell'esistenza del titolo edilizio, sicché lo stesso aveva l'onere di impugnare (ove si fosse ritenuto lesa) o entro l'11.1.2019 o (a tutto concedere) entro il 3.4.2019. Orbene, è consolidato l'insegnamento del Giudice amministrativo, secondo cui il termine per l'impugnazione del permesso di costruire decorre dal giorno in cui l'interessato abbia avuto conoscenza del contenuto del titolo edilizio; nella specie, tale giorno è individuabile sia in quello della presentazione dell'esposto che in quello della notifica del ricorso; pertanto, la notifica del ricorso, intervenuta solo l'1.7.2019 è da considerarsi tardiva. Né può sostenersi che il permesso di costruire sia stato rilasciato il 27.3.2019, giacché in tale data l'Ufficio ha rilasciato il titolo materiale, che non reca certamente gli elementi progettuali; s'evidenzia, in proposito, che l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela del 13.12.2018 dà certezza del fatto che il provvedimento fosse formato (attesa anche la liquidazione ed il pagamento degli oneri concessori). Il tentativo sarebbe strumentale al solo fine di ottenere una remissione in termini, inammissibile perché è documentata, in atti, la piena conoscenza del titolo edilizio e degli atti progettuali; di qui l'irricevibilità del ricorso per violazione dei termini d'impugnazione. Oltre a quanto detto, va osservato che i lavori di realizzazione della rampa hanno avuto inizio nel settembre 2018, sicché a tale data il ricorrente ha avuto contezza dei lavori inerenti la rampa e quindi ha prestato acquiescenza, con

conseguente irricevibilità del ricorso (almeno per la parte che attiene la rampa d'ingresso al lotto), per notifica oltre i termini di rito dalla conoscenza dei fatti o degli atti"; eccepiva, altresì, l'inammissibilità del ricorso, per mancata notifica alle Amministrazioni controinteressate, Ministero dei Beni e delle Attività Culturali – Soprintendenza B. A. A. C. di Salerno ed Avellino e Provincia di Salerno. “Il ricorrente al capo h), nonché ai capi n) ed o) impugna 1) il parere favorevole della Soprintendenza BAP di Salerno del 2.10.2018, prot. n. 22237; 2) il provvedimento autorizzativo rilasciato dalla Provincia di Salerno prot. n. 34623 del 22.5.2018. Nel V Motivo di ricorso, poi, articola la censura avverso la SCIA rilasciata per la realizzazione del varco di accesso sulla strada provinciale, eccependo anche la mancata acquisizione del nulla osta delle Ferrovie dello Stato; il ricorso, tuttavia, risulta notificato esclusivamente al Comune di Castel San Giorgio, al Responsabile dell'Area Tecnica e al controinteressato. Pure, l'impugnazione del provvedimento autorizzativo all'apertura del varco, reso dalla Provincia di Salerno esige, ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio, la notifica del ricorso agli enti controinteressati, la cui posizione è per l'appunto tesa alla conservazione del provvedimento. Analogo principio è applicabile alla posizione della Soprintendenza B. A. A. C., che ha reso il parere favorevole al rilascio. La giurisprudenza ha unanimemente rilevato la necessità della contemporanea presenza, al fine di poter ravvisare la categoria del controinteressato, di due necessari elementi: quello formale, rappresentato dalla contemplazione nominativa del soggetto nel provvedimento impugnato, tale da consentirne alla parte ricorrente l'agevole individuazione; e quello sostanziale, derivante dall'esistenza in capo a tale soggetto di un interesse legittimo uguale e contrario a quello fatto valere attraverso l'azione impugnatoria, e cioè di un interesse al mantenimento della situazione esistente – messa in forse dal ricorso avversario – fonte di una posizione qualificata, meritevole di tutela conservativa (...). Nella fattispecie, pur avendo articolato apposita censura, il ricorrente ha omissis la notifica verso l'ente controinteressato, così violando il

principio della corretta instaurazione del contraddittorio; né tale omissione può essere sanata con l'integrazione della notifica al controinteressato, il che concreterebbe un'indebita rimessione in termini. Da quanto detto, consegue la inammissibilità del ricorso per l'omessa notificazione"; e replicava, quindi, distintamente alle doglianze di controparte, concludendo per il rigetto del gravame, perché infondato.

Si costituiva in giudizio il Comune di Castel San Giorgio, con memoria in cui eccepiva, preliminarmente, che "il ricorrente ha notificato il ricorso oltre il termine decadenziale prescritto, con conseguente violazione del combinato disposto degli artt. 29 e 41, c. 2, c. p. a."; "il ricorrente ha avuto (del resto come dichiara al punto a) di pag. 2 del ricorso) "piena conoscenza" dei provvedimenti presuntivamente lesivi in data 28.3.2019. In tale data, infatti, il controinteressato comunicava all'amministrazione resistente l'inizio dei lavori di cui al permesso di costruire n. 4/2019. Allo stesso modo, la piena conoscenza della impugnata S. C. I. A. n. 116 del 24.9.2018, prot. n. 23561, va desunta dalla comunicazione d'inizio lavori del 2.4.2019, prot. n. 9579. Pertanto, è da tali date che decorre il dies a quo per impugnare, con conseguente tardività del ricorso, atteso che lo stesso poteva essere notificato entro il 27.5.2019 relativamente al p. d. c. n. 4/2019 e il 2.5.2019 relativamente alla S. C. I. A. n. 116/2018, mentre è stato notificato il 27.6.2019, ben oltre il termine di sessanta giorni"; nonché eccepiva l'inammissibilità del ricorso, per carenza d'interesse a ricorrere; "infatti, relativamente all'edificazione di cui al permesso di costruire n. 4/2019, sebbene il ricorrente risulta essere astrattamente legittimato a ricorrere in quanto proprietario confinante, non sussiste, in concreto, alcun interesse ad agire dello stesso"; "premesso che, il p. d. c. impugnato è stato legittimamente rilasciato, in conformità alla disciplina urbanistico – edilizia dettata dalla legislazione nazionale, regionale e locale, il ricorrente erroneamente ritiene violata la disciplina sulle distanze, in quanto il manufatto da cui il medesimo fa discendere il mancato rispetto della distanza di 10 mt. è insanabilmente abusivo, come accertato a seguito del

sopralluogo del 11.12.2018, sfociante nell'ordinanza di demolizione e ripristino, n. 115 del 13.12.2018, mai impugnata (...); il ricorrente richiama un'istanza di condono che avrebbe ad oggetto parte del fabbricato, dal quale fa discendere il mancato rispetto delle distanze legali, nel rilascio del p. d. c. n. 4/2019"; ma "nel richiamato verbale di sopralluogo, i tecnici comunali hanno escluso recisamente che le porzioni abusive di fabbricato di cui al punto G) ed H) (...) siano ricomprese nella pratica di condono edilizio, ex lege 326/2003, catalogata al n. 82"; "pertanto, in tale contesto fattuale, il ricorrente avrebbe dovuto specificare perché, e in quale misura, il provvedimento impugnato (si) rifletta (negativamente: nde) sulla propria situazione sostanziale, determinandone una lesione concreta, immediata e di carattere attuale"; non era specificato, insomma, "quale sarebbe l'utilità concreta che il ricorrente conseguirebbe, dall'eventuale annullamento del permesso impugnato"; "da ciò, discende il difetto delle condizioni dell'azione (legittimazione attiva ed interesse a ricorrere) del ricorrente", in quanto "il mero criterio della vicinitas non può, ex se, radicare la legittimazione al ricorso, dovendo pur sempre il ricorrente fornire la prova concreta del pregiudizio specifico, causato dagli atti impugnati"; nel merito, controdeduceva alle censure del ricorrente, instando per il rigetto del gravame.

Dopo il deposito di documenti e di precedenti giurisprudenziali, circa la tempestività del ricorso, nell'interesse di parte ricorrente, all'esito dell'udienza in camera di consiglio del 25.07.2019 la Sezione accoglieva la domanda cautelare, proposta dalla stessa, e compensava le spese di fase, con la seguente motivazione:

"Rilevato che la domanda cautelare, articolata in ricorso, si presenta meritevole di favorevole considerazione, in ragione dell'emergenza del requisito del fumes boni iuris, in relazione ad almeno taluni dei profili d'illegittimità del p. d. c. impugnato, dedotti da parte ricorrente (segnatamente, a titolo esemplificativo, della questione, concernente il

mancato rispetto del vincolo cimiteriale, insistente sull'area, designata per l'intervento);

Rilevato, altresì, che emerge anche il requisito del periculum in mora, in considerazione dello stato iniziale dei divisati lavori di realizzazione dell'immobile, assentiti con il p. d. c. gravato;

Rilevato, per la natura stessa della controversia, che le spese di fase possono essere compensate, tra le parti”.

Seguiva il deposito di memoria, per il ricorrente, in cui, oltre a replicare all'eccezione d'irricevibilità del ricorso per tardività, la sua difesa – sul presupposto che: “L'amministrazione comunale, nel costituirsi in giudizio (...) ha eccepito che in data 12.11.2018, con nota prot. n. 28484, il ricorrente, formulava specifica denuncia rispetto all'ipotesi di rilascio del p.d.c. relativo alla indicata comunicazione di accoglimento della domanda di cui alla pratica edilizia n. 67/2017, contestando la circostanza che il p. d. c. a rilasciarsi si poneva in contrasto con un vincolo di inedificabilità assoluta di cui all'art. 338 del R.D. 1265/1934, poiché l'intervento edilizio si sarebbe sviluppato ad una distanza di soli 70 mt. dal locale cimitero comunale” – contestava l'autenticità della firma, apposta all'esposto denuncia del 12.11.2018, e , “ove il documento fosse ritenuto rilevante dal T. A. R. ai fini della risoluzione della vicenda”, chiedeva l'assegnazione di un termine per la proposizione di querela di falso innanzi all'A. G. O., con sospensione del giudizio.

Dopo il deposito di memorie conclusive per l'Amministrazione ed il controinteressato, e di memoria di replica per il ricorrente, in prosieguo la difesa del Comune di Castel San Giorgio rinunciava all'utilizzo del documento (esposto – denuncia dell'11.12.2018) denunziato dal ricorrente come apocrifo; dopo lo scambio di ulteriori memorie difensive tra le parti (incentrate prevalentemente sulla questione della dedotta tardività del ricorso), all'udienza pubblica dell'1.07.2020, tenuta da remoto in modalità TEAMS, il medesimo ricorso era trattenuto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, vanno esaminate le eccezioni di tardività ed inammissibilità del ricorso, sollevate dalle difese delle resistenti Amministrazione Comunale e parte controinteressata.

Iniziando dalle eccezioni d'irricevibilità del gravame per tardività, comuni ad entrambe le parti resistenti e che possono, quindi, essere trattate insieme, rileva il Tribunale come le stesse siano infondate.

Esse non tengono conto di una dirimente circostanza, vale a dire che il censurato titolo ad aedificandum (come correttamente osservato, dal ricorrente, nell'ultima memoria difensiva) "è venuto ad esistenza solo in data 27.03.2019 (con il suo formale rilascio: nde), la comunicazione dell'inizio dei lavori è avvenuta in data 28.03.2019, la pubblicazione del menzionato titolo edilizio è avvenuta come per legge per 15 gg. consecutivi, dalla data del 26.04.2019 all'11.05.2019", onde "computando il termine per la notifica del ricorso dalla data del 12.05.2019, il termine ultimo per la notifica del medesimo era l'11.07.2020"; e che "non si può far decorrere il termine per la (verifica della) tempestività del ricorso da un mero parere di pre-assenso urbanistico (atto endoprocedimentale) che (...) l'Amministrazione, d'ufficio, assoggettava ad una procedura di autotutela di secondo grado (...), delineandosi (alla data del rilascio del pre-assenso urbanistico) una carenza di interesse da parte del ricorrente alla proposizione di un'inammissibile eventuale impugnativa"; ciò, in quanto "solo a seguito della sentenza di codesto T.A.R. Salerno n. 1196/2019, il controinteressato perveniva alla definizione del procedimento per il rilascio del permesso di costruire, permesso di costruire pubblicato sull'albo pretorio, si ripete, dalla data del 26.04.2019 all'11.05.2019"; sicché "il ricorso proposto in data 27.06.2019, tenendo presente che il computo decorre dall'ultimo giorno utile (escluso) per la relativa pubblicazione all'albo del permesso di costruire rilasciato (11.05.2019) è inequivocabilmente tempestivo".

Conformemente a quanto opinato dalla difesa di parte ricorrente, in particolare, deve osservarsi che: "La comunicazione del parere favorevole

della commissione edilizia non equivale alla concessione edilizia, la quale, ai sensi della l. 28 gennaio 1977 n. 10, è perfezionata solo col formale rilascio del documento relativo” (Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 6/11/2000, n. 435; conforme: Cons. giust. amm. Sicilia, 18/04/1990, n. 82).

Tutto ciò senza considerare, come pure opportunamente rilevato da parte ricorrente, “che la data di richiesta di accesso agli atti è l’8.04.2019, riscontrata con la relativa autorizzazione in data 6.05.2019, successivamente comunicata, e che il rilascio della documentazione richiesta è avvenuto in data 25.06.2019, previa visione degli atti, effettuata in data 28.05.2019 (...), come si rileva dal verbale di conclusione delle operazioni di accesso, in atti (...); di guisa che il ricorso, notificato in data 27.06.2019, è tempestivo, perché la notifica è stata operata due giorni dopo la conclusione delle operazioni di ritiro della progettazione, in uno al titolo rilasciato”.

Né le superiori considerazioni possono revocarsi in dubbio, in base alla prospettazione dell’eccezione de qua, contenuta nella memoria difensiva dell’Amministrazione Comunale, secondo la quale: “Il ricorrente ha notificato il ricorso oltre il termine decadenziale prescritto (...)”, avendo “avuto (del resto come dichiara al punto a) di pag. 2 del ricorso) “piena conoscenza” dei provvedimenti presuntivamente lesivi, in data 28.03.2019. In tale data, infatti, il controinteressato comunicava all’amministrazione resistente l’inizio dei lavori di cui al permesso di costruire n. 4/2019. Allo stesso modo, la piena conoscenza della impugnata S. C. I. A. n. 116 del 24.09.2018, prot. n. 23561, va desunta dalla comunicazione d’inizio lavori del 2.04.2019, prot. n. 9579; pertanto, è da tali date che decorre il dies a quo per impugnare, con conseguente tardività del ricorso, atteso che lo stesso poteva essere notificato entro il 27.05.2019, relativamente al p. d. c. n. 4/2019 ed entro il 2.05.2019, relativamente alla S. C. I. A. n. 116/2018, mentre è stato notificato il 27.6.2019, ben oltre il termine di sessanta giorni”.

Anzitutto, perché non è vero che il ricorrente abbia dichiarato di aver avuto conoscenza dei provvedimenti gravati, in data 28.03.2019, data di

comunicazione al Comune dell'inizio dei lavori di cui al p. d. c. impugnato.

In secondo, e dirimente, luogo, perché non è corretto far decorrere il termine decadenziale di legge, per proporre ricorso, dalle prefate comunicazioni d'inizio lavori, bensì – in assenza di prova certa della conoscenza aliunde del titolo rilasciato – dal giorno successivo allo spirare della data (11.05.2019) in cui s'è conclusa la pubblicazione del medesimo all'Albo Pretorio dell'ente.

Cfr., in argomento, T. A. R. Basilicata, Sez. I, 27/06/2008, n.337: “A seguito dell'entrata in vigore del T.U. 6 giugno 2001, n. 380 non è più applicabile il precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la mera affissione all'Albo pretorio ed anche l'indicazione degli estremi del permesso di costruire nel cartello esposto presso il cantiere non costituivano una formalità idonea per la decorrenza del termine di impugnazione giurisdizionale di un permesso di costruire, poiché il momento dal quale far decorrere il termine di impugnazione era quello dell'ultimazione dei lavori, in quanto soltanto da tale data i soggetti interessati potevano avere la piena consapevolezza dell'esistenza e dell'entità delle violazioni urbanistiche commesse; ed infatti secondo quanto ora risultante dal combinato disposto di cui agli artt. 20 comma 7, seconda e terza frase, cit. T.U. n. 327 e 21 comma 1, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, *ciò che conta ai fini del decorso del termine di impugnazione giurisdizionale di un permesso di costruire da parte di un soggetto terzo, diverso dal destinatario, è la conoscibilità dello stesso associata all'effettivo inizio dei lavori, resa possibile dalla pubblicazione nell'Albo pretorio dell'apposito avviso e dall'esposizione nel cantiere del cartello con gli estremi del permesso di costruire rilasciato*”.

A tale ultimo riguardo, osservava correttamente parte ricorrente: “Non si fornisce (dalle controparti: nde) in alcun modo prova e/o indizio della presunta data dell'intervenuta apposizione di cartellonistica di cantiere, da cui sarebbe potuto emergere il rilascio del menzionato permesso di costruire, evidenziando altresì che, per inizio lavori, deve prendersi in considerazione non la mera comunicazione ma l'effettiva attività trasformativa dell'area (...) inizio che non può considerarsi valido nemmeno con un mero scavo e

recinzione del lotto da edificare, come avvenuto nel caso che ci occupa, trattandosi di cantiere allo stato primordiale, come comprovato dal repertorio fotografico allegato alle perizie asseverate”.

Sicché, nella specie, deve ritenersi piuttosto dirimente (come sopra argomentato) il dato formale della data, in cui è terminata la pubblicazione del titolo all'albo pretorio, e ciò senza tenere presente quanto pure in precedenza osservato, circa la successiva data in cui veniva evasa, dal Comune, la richiesta d'accesso agli atti, presentata – senza alcun obiettivo e significativo ritardo – dal ricorrente medesimo.

Ciò posto, e passando ad esaminare le eccezioni d'inammissibilità del gravame, variamente stavolta sollevate dalla difesa delle parti resistenti, ed iniziando da quella d'omessa notifica del ricorso alle Amministrazioni Pubbliche, di cui pure erano impugnati taluni atti, sollevata dalla difesa del controinteressato, osserva il Tribunale – in via del tutto preliminare e dirimente – che le PP. AA., specificate in narrativa, giammai potrebbero – contro l'evidenza – essere assimilate a controinteressati, dei quali possa lamentarsi l'indebita pretermissione: la ritualità del ricorso è, quindi, salvaguardata dalla notifica del medesimo all'unico controinteressato effettivo, vale a dire al titolare del p. d. c. impugnato.

La circostanza dell'omessa notificazione del ricorso alle stesse Amministrazioni, poi, stante i motivi che, infra, si vedranno essere decisivi ai fini dell'accoglimento del ricorso, è, ad avviso del Collegio, sostanzialmente irrilevante nella specie.

Ciò in quanto, rispetto a tali doglianze (la prima e la seconda dell'atto introduttivo del giudizio), il ricorso è stato correttamente notificato all'Amministrazione Comunale di Castel San Giorgio, autorità emanante il contestato titolo abilitativo edilizio, onde ben può prescindere dall'eccezione in commento, la quale avrebbe potuto, venire in considerazione ed eventualmente inficiare altre doglianze del ricorso introduttivo (segnatamente,

a tutto concedere, la quinta), non le due che si ritengono – come si dirà – dirimenti.

Fermo restando, infatti, che ovviamente “è inammissibile il ricorso giurisdizionale che non sia stato notificato all’Amministrazione, che è un contraddittore necessario” (T. A. R. Friuli – Venezia Giulia, Sez. I, 24/10/2011, n. 467), nella specie il gravame è stato ritualmente notificato al Comune di Castel San Giorgio, unico contraddittore necessario, senza che possa invalidarlo la circostanza che lo stesso non sia stato notificato ad Amministrazioni Pubbliche, autrici di atti che – pur inserendosi nella serie procedimentale che ha, infine, condotto al rilascio del censurato p. d. c.), sono stati solo tuzioristicamente gravati (com’è dimostrato, del resto, dalla circostanza che alcuna specifica doglianza è stata sollevata in ricorso, avverso tali atti, dei quali, per di più, parte ricorrente ha anche precisato, in epigrafe, di non conoscere affatto contenuto e portata).

Passando, quindi, ad analizzare l’eccezione d’inammissibilità dell’impugnativa, per carenza d’interesse ad agire, agitata dalla difesa del Comune, nella propria memoria in atti, rileva il Collegio come la stessa sia ugualmente priva di pregio.

La stessa, integralmente riportata in narrativa, concerne a ben vedere non l’ammissibilità in toto del ricorso, bensì potrebbe – eventualmente – venire in considerazione, esclusivamente ai fini della verifica, da parte del Tribunale, circa l’ammissibilità della terza doglianza dell’atto introduttivo del giudizio.

Per il resto, la condizione del ricorrente, di proprietario confinante rispetto al terreno, sul quale doveva realizzarsi la divisata attività costruttiva, e quindi il criterio della vicinitas, costituiscono, ad avviso del Tribunale, situazioni, pienamente legittimanti il medesimo alla proposizione del presente gravame.

In giurisprudenza, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17/06/2014, n. 3094: “In materia edilizia la mera vicinitas, ossia l’esistenza di uno stabile collegamento con il terreno interessato dall’intervento edilizio è sufficiente a comprovare la sussistenza sia della legittimazione che dell’interesse a ricorrere, *senza che sia*

necessario al ricorrente anche allegare e provare di subire uno specifico pregiudizio per effetto dell'attività edificatoria intrapresa sul suolo limitrofo; in pratica è sufficiente che il ricorrente lamenti l'illegittimità del provvedimento che comporta una modifica contra ius dello stato dei luoghi, non rilevando l'eventuale conseguenza secondo cui la regola iuris affermata dal giudice amministrativo potrebbe far dedurre l'illegittimità della realizzazione di una costruzione già realizzata dal ricorrente, ovvero l'impossibilità per questi di considerare edificabile un proprio fondo”.

Sgombrato, quindi, il campo dalle eccezioni preliminari delle parti resistenti, può passarsi all'esame del merito del ricorso.

In tale ottica, dirimenti – ed assorbenti delle ulteriori censure – si presentano, secondo il Collegio, le prime due censure dell'atto introduttivo del giudizio.

Fondata è anzitutto la prima doglianza, in cui s'è denunciata la violazione, da parte del Comune di Castel San Giorgio, nel rilasciare il titolo ad aedificandum impugnato, dell'art. 338 T. U. L. S. (R. D. n. 1265 del 27.07.1934), a norma del cui primo comma, come sostituito dall'art. 28, comma 1, lett. a), della l. 1° agosto 2002, n. 166: “I cimiteri devono essere collocati alla distanza di almeno 200 metri dal centro abitato. *È 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”; laddove il comma settimo della stessa disposizione di legge, come sostituito dall'art. 28, comma 1, lett. b), della l. 1° agosto 2002, n. 166, prevede che: “All'interno della zona di rispetto per gli edifici esistenti sono consentiti interventi di recupero ovvero interventi funzionali all'utilizzo dell'edificio stesso, tra cui l'ampliamento nella percentuale massima del 10 per cento e i cambi di destinazione d'uso, oltre a quelli previsti dalle lettere a), b), c) e d) del primo comma dell'articolo 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457”.

È noto il carattere assoluto ed inderogabile del divieto di edificare nuovi edifici, ivi sancito, testimoniato dalla giurisprudenza assolutamente prevalente,

per la quale cfr., da ultimo, ex multis, T. A. R. Toscana, Sez. III, 30/04/2020, n. 527: “Il vincolo teso al rispetto della fascia cimiteriale imposto dall'art. 338 del R.D. n. 1265/1934, avente carattere assoluto, determina una situazione di inedificabilità ex lege che non consente l'allocazione di edifici o costruzioni di alcun genere all'interno della fascia di rispetto, a tutela dei molteplici interessi pubblici cui quest'ultima presiede e che vanno dalle esigenze di natura igienico sanitaria, alla salvaguardia della peculiare sacralità dei luoghi destinati alla inumazione e alla sepoltura, al mantenimento di un'area di possibile espansione della cinta cimiteriale”; nonché Cons. Stato, Sez. II, 27/04/2020, n. 2670: “La normativa di cui all'art. 338 del R.D. n. 1265/1934, che vieta di costruire intorno ai cimiteri nuovi edifici e di ampliare quelli preesistenti entro il raggio di duecento metri, è di stretta interpretazione con la conseguenza che la stessa può essere derogata solo in presenza di un pubblico interesse”; e T. A. R. Lazio – Roma, Sez. III, 26/09/2019, n. 11339: “In materia di vincolo cimiteriale, la salvaguardia del rispetto dei duecento metri previsti dall'art. 338 del d. l. 27 luglio 1934 n. 1265, così come modificato dall'art. 28 della l. n. 166/2002, si pone alla stregua di un vincolo assoluto di inedificabilità che non consente in alcun modo l'allocazione sia di edifici, che di opere incompatibili con il vincolo medesimo, in considerazione dei molteplici interessi pubblici che tale fascia di rispetto intende tutelare e che possono enuclearsi nelle esigenze di natura igienico sanitaria, nella salvaguardia della pecuniarie sacralità che connota i luoghi destinati all'inumazione e alla sepoltura, nel mantenimento di un'area di possibile espansione della cinta cimiteriale”.

La natura assoluta del vincolo de quo si ricava anche dalla considerazione, secondo cui: “La situazione di inedificabilità, conseguente alla sussistenza di un vincolo, può essere rimossa solo in ipotesi eccezionali e, comunque, solo per considerazioni di interesse pubblico, in presenza delle condizioni specificate dal comma 5 dell'art. 338 r. d. n. 1265 del 1934” (T. A.R. Toscana, Sez. III, 8/07/2019, n. 1045), secondo cui (come sostituito dall'art. 28, comma 1, lett. b), della l. 1° agosto 2002, n. 166: “Per dare esecuzione ad

un'opera pubblica o all'attuazione di un intervento urbanistico, purché non vi ostino ragioni igienico-sanitarie, il consiglio comunale può consentire, previo parere favorevole della competente azienda sanitaria locale, la riduzione della zona di rispetto tenendo conto degli elementi ambientali di pregio dell'area, autorizzando l'ampliamento di edifici preesistenti o la costruzione di nuovi edifici. La riduzione di cui al periodo precedente si applica con identica procedura anche per la realizzazione di parchi, giardini e annessi, parcheggi pubblici e privati, attrezzature sportive, locali tecnici e serre”.

Cfr. anche T. A. R. Campania – Napoli, Sez. IV, 14/11/2014, n. 5942: “La possibilità, da parte del consiglio comunale, di ridurre la fascia di rispetto cimiteriale ai sensi dell'art. 338, comma 5, r.d. n. 1265 del 1934 per dare esecuzione ad un'opera pubblica o attuazione ad un intervento urbanistico, *non può che riferirsi solamente alle opere pubbliche o di pubblica utilità, con esclusione di interventi realizzati da privati?*”.

Orbene, la circostanza dell'edificazione, assentita dalla P. A., con il provvedimento gravato, in violazione della norma di carattere imperativo ed inderogabile (se non in presenza di un pubblico interesse, nonché nel rispetto delle riferite condizioni, di cui all'art. 338 comma 5 T. U. L. S.) di cui sopra, è pacifica: nella propria memoria difensiva, il controinteressato evidenziava “che l'immobile assentito è ad una distanza di oltre 85 metri, misurando tale distanza tra il confine ovest del lotto e le più vicine mura di cinta (attuali del cimitero)”.

Né tali conclusioni possono modificarsi, per effetto di quanto osservato dalla difesa del controinteressato, con riferimento alla relazione tecnica di parte allegata, vale a dire che:

“(…) Nel caso del progetto (del controinteressato), il fondo oggetto d'intervento:

- ricade oltre i 100 metri della fascia di rispetto prevista nel P. R. G., unico strumento urbanistico vigente al momento della presentazione del progetto,

nonché al momento del rilascio del Parere del Responsabile del Procedimento n. 67 del 04/09/2018;

- *pur ricadendo in parte entro il raggio di 200 metri dal perimetro dell'impianto cimiteriale, il fondo in questione non ricade nel perimetro del "centro abitato" (...), mentre l'art. 338 del T.U. 27.07.1934 n. 1265 fissa la distanza dei 200 metri in relazione ai centri abitati, e non ai fabbricati sparsi quale sarà quello in progetto".*

Sicché, concludeva il tecnico di parte: "Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si può concludere che, ricadendo la costruzione (del controinteressato) in progetto al di fuori della fascia di rispetto come individuata nel P.R.G. (a 100 metri) e considerato che il limite dei 200 metri nella zona in cui ricade il fabbricato in progetto dovrebbe essere arretrato per tenere conto della strada provinciale, la costruzione di detto fabbricato risulta assentibile".

In contrario, s'osserva che, per la giurisprudenza: "Quello cimiteriale è un vincolo di inedificabilità assoluta la cui previsione risponde a una pluralità di funzioni, quali assicurare condizioni di igiene e salubrità, garantire tranquillità e decoro ai luoghi di sepoltura, consentire futuri ampliamenti dell'impianto funerario, ed opera indipendentemente dal tipo di fabbricato, *riguardando anche gli edifici sparsi* (art. 338 R.D. n. 1265 del 1934)" (T. A. R. Toscana, Sez. III, 16/08/2017, n. 1037); "La fascia di rispetto cimiteriale costituisce un vincolo di inedificabilità assoluta, in considerazione dei molteplici interessi pubblici che tale fascia 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, e nel mantenimento di un'area di possibile espansione della cinta cimiteriale, *operante sia per il centro abitato che per le case sparse*, imposto prima dell'esecuzione delle opere edilizie de quibus e, pertanto, preclusivo del condono per espressa previsione dell'art. 33 della L. n. 47 del 1985" (T. A. R. Puglia – Lecce, Sez. III, 7/01/2019, n. 3).

Tampoco può ritenersi che effettivamente “il limite di 200 metri dovrebbe essere arretrato per tenere conto della strada provinciale”, pretesa che non trova fondamento in alcun deroga espressa di legge al surriferito divieto d’edificazione.

Neppure può ritenersi valido, al fine di superare tale esplicito divieto legislativo, quanto riferito, subito dopo, dalla difesa del controinteressato, vale a dire che: “(...) Da un’analisi attenta condotta consultando cartografie disponibili da oggi sino alla fine degli anni ’70, è emerso che nella fascia di rispetto cimiteriale (tanto nei 100 metri quanto nei 200 metri dalle mura cimiteriali) sono sorte e/o ampliate diverse costruzioni, i cui titoli abilitativi sono stati menzionati dallo stesso Ufficio tecnico nel provvedimento di archiviazione. In tal senso, anche lo stesso fabbricato del ricorrente è stato assentito con permesso n. 5/1998. Ma non basta, in quanto alle spalle delle abitazioni adiacenti al cimitero, vi sono due strade, di cui una provinciale, alla fine delle quali ha inizio una cortina d’isolato costituita da più abitazioni, tra cui quella del ricorrente, all’epoca dell’autorizzazione edilizia soggetta ad un apposito approfondimento legale da parte dell’Amministrazione, come richiamato nello stesso provvedimento di archiviazione dall’Ufficio, nel 1998. Insomma, alla data di presentazione dell’istanza di rilascio, l’unica area non edificata era per l’appunto quella del controinteressato, ed in tal senso le valutazioni sono state compiute in conformità alla prassi seguita dall’Ufficio da oltre trent’anni. Diversamente opinando, si creerebbe disparità di trattamento tra il controinteressato e gli altri proprietari che hanno realizzato negli anni passati; viepiù, di fatto l’area di proprietà dello stesso risulterebbe grava da un vincolo d’inedificabilità, pertanto meritevole di indennizzo da parte dell’Ente”.

Ciò in quanto, secondo la giurisprudenza: “In materia urbanistica l’eventuale rilascio a terzi, da parte del Comune, di concessioni illegittime giammai può essere invocato a fondamento di un’aspettativa giuridicamente rilevante al conseguimento di analoghi titoli o della sussistenza del vizio di disparità di

trattamento” (Cons. Stato, Sez. II, 28/10/2019, n. 7329); “Il provvedimento di diniego di autorizzazione edilizia costituisce espressione di potere vincolato rispetto ai presupposti normativi richiesti e dei quali deve farsi applicazione, con la conseguenza che in ordine al medesimo non possono venire in rilievo profili di eccesso di potere quali la disparità di trattamento, propri dell'esercizio del potere discrezionale, atteso altresì che l'eventuale rilascio di provvedimenti autorizzativi in analoghi casi di abusi non assentibili, e quindi suscettibili di annullamento giurisdizionale o amministrativo, non può ex se legittimare la pretesa ad identico trattamento” (T. A. R. Campania – Napoli, Sez. VIII, 18/10/2019, n. 4978).

E, in base a considerazioni analoghe, non può, del resto, neppure condividersi l'eccezione d'inammissibilità della censura, per carenza d'interesse, fondata sulla constatazione, per cui “il principio giuridico posto alla base del rilascio del titolo del controinteressato è analogo a quello in base al quale nel 1998 è stato rilasciato il titolo all'odierno ricorrente”; il che – stante l'irrilevanza del precedente rilascio di altri titoli, in violazione della fascia di rispetto de qua, ai fini della perdurante applicazione del divieto ex art. 338, comma primo, T. U. L. S. – giammai potrebbe risolversi nella dedotta inammissibilità della (prima) doglianza in esame, per difetto d'interesse.

Considerazioni analoghe debbono porsi, anche relativamente alle correlative argomentazioni difensive, espresse dal Comune di Castel San Giorgio nella propria memoria in atti, e precisamente con riferimento alla circostanza che – sulla base di un parere legale che fu chiesto nel 1998 ad un legale, in occasione del rilascio del titolo al ricorrente medesimo – era emerso che “il manufatto interessato da tale concessione, ricadente oltre i 100 m. dal cimitero, nel pieno rispetto della previsione del P.R.G. (come il controinteressato), in seguito all'ampliamento del cimitero sarebbe ricompreso entro i suddetti 100 m. (come il controinteressato)”.

Osservava, nel detto parere, tra l'altro, il legale interpellato dal Comune: “Alla luce delle considerazioni che precedono, si può quindi concludere che se la

costruzione ricade(va) al di fuori della fascia di rispetto come individuata nel P.R.G. era assentibile sul presupposto che la fascia di rispetto ha la funzione contenitrice degli ampliamenti”.

In buona sostanza, il Comune (come già del resto, nella propria memoria, il controinteressato), afferma la legittimità del rilascio del p. d. c. impugnato, perché solo con gli ampliamenti del cimitero, successivi alla sua iniziale edificazione, l'immobile assentito sarebbe ricaduto all'interno della fascia di rispetto dei 100 mt., prevista dal P. R. G.

In contrario, deve rilevarsi che, come la giurisprudenza unanime ha sempre osservato, la funzione del vincolo cimiteriale in oggetto è proprio quella, di garantire i futuri ampliamenti del compendio cimiteriale: sarebbe dunque, ad avviso del Tribunale, paradossale che proprio i futuri ampliamenti, che la norma è diretta a salvaguardare, non dovessero comportare lo spostamento in avanti della fascia di rispetto de qua, in vista di eventuali, possibili, ulteriori avanzamenti della cinta muraria del cimitero, così finendo per ridurre, progressivamente, l'estensione della fascia di rispetto medesima, stabilita per legge, violando, in tal modo, ineliminabili esigenze di certezza del diritto.

In definitiva, è alla situazione fattuale, esistente al momento del rilascio del titolo ad aedificandum, che bisogna guardare, per valutare se l'immobile assentito (o abusivamente edificato) rientri o meno nella fascia di rispetto prevista per legge (non in quella stabilita dal piano urbanistico vigente), senza che importi stabilire se il rispetto, o meno, di tale distanza minima si ponga in relazione al compendio cimiteriale, come originariamente realizzato, o non piuttosto come successivamente ampliato (purché prima, evidentemente, del rilascio del titolo: applicazione del principio del tempus regit actum).

Cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. IV, 10/08/2007, n. 4415: “È legittimo il provvedimento con il quale il comune nega il rilascio dell'autorizzazione edilizia per la realizzazione di un'autorimessa interrata, ai sensi della l. 29 marzo 1989 n. 122, *sul rilievo che l'area interessata all'edificazione ricade nella fascia di rispetto cimiteriale nell'ambito della quale gli art. 338 comma 1, t.u. 27 luglio 1934 n.*

1265 e 57, d.P.R. 10 settembre 1990 n. 285 vietano qualsiasi costruzione con prescrizioni che prevalgono ratione materiae sulle eventuali diverse destinazioni di zona previste dal piano regolatore, essendo finalizzate alla salvaguardia sia dell'igiene e della tranquillità sia della possibilità di assicurare un possibile futura ampliamento del cimitero, che sarebbe compromesso dall'esistenza di costruzioni altrui.”.

Al riguardo, inoltre (ed al netto di quanto s'osserverà infra, con riferimento alla seconda doglianza dell'atto introduttivo del giudizio), rileva il Collegio che, da un lato: “Ai sensi dell'art. 338 r.d. 27 luglio 1934 n. 1265, è vietato costruire entro il raggio di 200 metri dal perimetro dell'impianto cimiteriale, quale risulta dagli strumenti urbanistici vigenti nel Comune, o, in difetto di essi, comunque quale esistente in fatto, salve le deroghe ed eccezioni previste dalla legge; *il vincolo di inedificabilità, previsto dalla trascritta norma di carattere assoluto e tale da imporsi anche su contrastanti previsioni di piano regolatore generale, non consente di allocare, all'interno della fascia di rispetto, né edifici destinati alla residenza, né altre opere comunque incompatibili col vincolo medesimo, in considerazione dei molteplici interessi pubblici che tale fascia intende tutelare (...)*” (Consiglio di Stato, Sez. V, 18/01/2017, n. 205); e, dall'altro, che: “Il vincolo cimiteriale determina una tipica situazione di inedificabilità ex lege, suscettibile di venire rimossa solo in ipotesi eccezionali e comunque per considerazioni di interesse pubblico, ex art. 338, comma 4 r. d. 27 luglio 1934 n. 1265. L'unico procedimento, attivabile dai singoli proprietari all'interno della fascia di rispetto è quello finalizzato agli interventi di cui all'art. 338, comma 7, dello stesso r. d. n. 1265/1934 (recupero o cambio di destinazione d'uso di edificazioni preesistenti), *restando attivabile solo d'ufficio – per i motivi anzidetti – la procedura di riduzione della fascia inedificabile in questione*” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 4/07/2014, n. 3410); (comma 4 dell'art. 338 cit., come sostituito dall'art. 28, comma 1, lett. b), della l. 1° agosto 2002, n. 166, secondo cui: “Il consiglio comunale può approvare, previo parere favorevole della competente azienda sanitaria locale, la costruzione di nuovi cimiteri o l'ampliamento di quelli già esistenti ad una distanza inferiore a 200 metri dal

centro abitato, purché non oltre il limite di 50 metri, quando ricorrano, anche alternativamente, le seguenti condizioni: a) risulti accertato dal medesimo consiglio comunale che, per particolari condizioni locali, non sia possibile provvedere altrimenti; b) l'impianto cimiteriale sia separato dal centro urbano da strade pubbliche almeno di livello comunale, sulla base della classificazione prevista ai sensi della legislazione vigente, o da fiumi, laghi o dislivelli naturali rilevanti, ovvero da ponti o da impianti ferroviari”).

Ciò posto, e trascorrendo all'analisi della seconda doglianza dell'atto introduttivo del giudizio, anch'essa è – come la prima – fondata, e, insieme alla precedente, idonea a determinare, con carattere dirimente ed assorbente, l'accoglimento del gravame e il conseguente annullamento del titolo a costruire impugnato.

Secondo tale censura: “L'Amministrazione Comunale di Castel San Giorgio ha adottato il nuovo P.U.C. con deliberazione di Giunta Comunale n. 366 del 20.12.2018, successivamente pubblicata sul B. U. R. C. n. 1 del 7.01.2019; l'area ad oggetto di intervento è stata modificata dall'originaria area B2 (residenziale – completamento) in area B1 (satura), confermando l'esistenza del vincolo di rispetto della fascia cimiteriale d'inedificabilità”; “il permesso di costruire, dopo un iter travagliato, è stato rilasciato solo in data 27.03.2019 (notifica), ovvero a seguito d'archiviazione del procedimento d'annullamento, dopo l'intervenuta adozione del nuovo P.U.C.”: ne sarebbe dovuta conseguire, come correttamente rilevato da parte ricorrente, l'applicazione delle clausole di salvaguardia del nuovo strumento urbanistico generale.

Non può essere seguita la tesi esposta dal controinteressato nelle proprie difese, vale a dire che: “Nella specie, l'Ufficio tecnico ha, con provvedimento prot. n. 26138 del 16.10.2018, comunicato l'accoglimento della domanda di permesso di costruire, determinato gli oneri e richiesto il deposito dei versamenti, unitamente ad alcuni documenti, prodotti tutti il 18.10.2018 ed il 6.11.2018. Pertanto, a quella data, l'odierno controinteressato avrebbe dovuto solo ritirare il titolo cartaceo, sicché non può assumersi che l'adozione dello

strumento urbanistico, abbia influito in qualche modo sul titolo assentito” (...). “È evidente, quindi che insussistente sia la violazione delle clausole di salvaguardia, essendo stato formato e rilasciato il titolo precedentemente all’adozione (del P. U. C.: nde)”.

In senso contrario, e con il conforto della giurisprudenza, va ribadito come debba ritenersi che il p. d. c. sia venuto ad esistenza solo con il formale rilascio del titolo, avvenuto dopo l’adozione del nuovo strumento urbanistico generale (P. U. C.): cfr. anche, al riguardo, T. A. R. Lazio, Sez. II, 19/05/1988, n. 706: “La tesi, applicata nel regime edilizio della l. ponte 6 agosto 1967 n. 765, secondo cui l’assenso edilizio si perfezionerebbe non con la consegna del titolo, ma con l’apposizione del visto da parte del sindaco sul parere favorevole della commissione edilizia, non può più operare nel sistema retto dalla l. 28 gennaio 1977 n. 10, in quanto gli art. 4 e 11, laddove, rispettivamente, prescrivono la fissazione nell’atto concessorio dei termini di inizio e fine lavori e la determinazione e/o la corresponsione dei contributi al momento del rilascio, *impediscono l’equipollenza fra rilascio formale ed emissione del semplice avviso di concessione edilizia* (fattispecie in cui si è dedotto dal predetto principio che non esisteva un obbligo di consegnare il modulo della concessione che non si era ancora perfezionata e che perciò non era ammissibilmente impugnabile alcun silenzio – rifiuto sulla richiesta di rilascio)”.

Tanto valga anche a contrastare le analoghe argomentazioni difensive, espresse dal Comune di Castel San Giorgio, per le quali: “Il provvedimento di conferma adottato dall’Ente resistente all’esito del procedimento di riesame retroagisce la sua efficacia alla data di emissione dell’accoglimento della domanda di permesso ovvero alla data di versamento dei dovuti oneri e contestuale richiesta di ritiro del titolo abilitativo e, quindi, alla data del 18.11.2018”.

Impropria e fuorviante, in particolare, si presenta l’assimilazione, proposta dalla difesa dell’ente, del formale rilascio del titolo, avvenuto in data

27.03.2019, ad un atto di conferma in senso proprio delle determinazioni, assunte nel 2018, vale a dire prima dell'attivazione del procedimento d'annullamento in autotutela, da parte del Comune, laddove deve ribadirsi come, a quella data, il titolo non potesse dirsi ancora formato, tant'è vero che l'Amministrazione riteneva necessario approfondire le tematiche, di carattere giuridico, ad esso relative, pervenendo pertanto, solo dopo la conclusione di tale procedimento in autotutela, alla decisione – definitiva – di rilasciare il p. d. c. in questione.

Ed è rispetto a tale momento (che soltanto può segnare, ad avviso del Collegio, la venuta ad esistenza, a tutti gli effetti di legge, del p. d. c. impugnato), che andava verificata quindi, dall'Amministrazione, la necessità dell'applicazione delle misure di salvaguardia del P. U. C., intanto adottato: il che non è avvenuto, con conseguente inevitabile caratterizzazione della sua azione, anche sotto tale profilo, in termini d'illegittimità.

In conformità alle cennate considerazioni, e ritenute in esse assorbite ogni residua doglianza, il ricorso va accolto, ed il p. d. c. in questione consequenzialmente annullato.

Le spese seguono la soccombenza di Comune e controinteressato, e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, l'accoglie, nei sensi di cui in parte motiva, e per l'effetto annulla il provvedimento gravato, sub A) dell'epigrafe.

Condanna il Comune di Castel San Giorgio e il controinteressato al pagamento, in favore del ricorrente, di spese e compensi di lite, che liquida in € 1.500,00 (millecinquecento/00) nei confronti di ciascuno di essi, e così, complessivamente, in € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge; condanna, altresì, Comune e controinteressato, in solido tra loro, alla rifusione, in favore del ricorrente, del contributo unificato versato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.
Così deciso, in Salerno, nella camera di consiglio del giorno 1° luglio 2020,
tenuta da remoto in modalità TEAMS, con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Paolo Severini, Consigliere, Estensore

Igor Nobile, Referendario

L'ESTENSORE

Paolo Severini

IL PRESIDENTE

Nicola Durante

IL SEGRETARIO