



REPUBBLICA ITALIANA

Sent.n. 1348/2007

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Ric. n. 492/2005

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

DELLA SARDEGNA - SEZIONE SECONDA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 492/2005 proposto da Marletta Nello SRL rappresentata e difesa dall'avv. Prof. Costantino Murgia e dall'avv. Silvia Curto, con domicilio eletto in Cagliari, viale Bonaria n. 80, presso lo studio dell'Avv. Murgia Costantino;

contro

il Comune di Nuoro, rappresentato e difeso dall'avv. Careddu Antonio, con domicilio eletto in Cagliari via Sonnino n. 184, presso lo studio dell'avv. Pigliaru Luisa;

il Dirigente del Settore Commercio e il Dirigente del Settore Urbanistico del Comune di Nuoro, non costituiti in giudizio;

e nei confronti della

S.r.l. ANSER, rappresentata e difesa dall'avv. Gianfranco Cualbu con domicilio eletto in Nuoro, via Roma n. 7;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. 9202 del 4/3/2005, div. n. 06/2005, del Dirigente del Settore Urbanistica del Comune di Nuoro, di "diniego concessione edilizia in sanatoria";

- dell'ordinanza di demolizione del Dirigente Settore Urbanistica, n. 033/05 prot. n. 0009357 del 7/3/05, delle opere realizzate in assenza di concessione edilizia;

- di ogni altro atto del procedimento;

VISTO il ricorso, con i relativi allegati;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Nuoro e della soc. ANSER;

VISTI gli atti tutti della causa;

NOMINATO relatore per la pubblica udienza del 30 maggio 2007 il cons. Rosa Panunzio e uditi gli avvocati delle parti, come da separato verbale

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

F A T T O

La società ricorrente, è proprietaria di un immobile sito in Nuoro, composto da un locale di circa 500 m² con annessa area privata destinata a parcheggio; l'immobile, fino a quel momento, era stato adibito a sede di una concessionaria d'auto da parte della stessa società.

Tale utilizzo, ma per soli 250 m² e per la categoria XIV (auto, cicli e motocicli, accessori, pezzi di ricambio, pneumatici, ecc.), era stato autorizzato dal Sindaco di Nuoro, con provvedimento n. 969 del febbraio 1980.

La società Anser, locataria della ricorrente, il 7 dicembre 2004 presentava al comune istanza per l'autorizzazione all'esercizio di vendita nel locale suddetto, con estensione di 500 m², inoltre, il 3 gennaio 2005, faceva richiesta di subentrare alla società Nello Marletta.

In data 22 febbraio 2005 il Dirigente del Settore Attività produttive – Ufficio Commercio – del Comune di Nuoro, con nota prot. n. 0007521 del 22/2/05 negava il suo sub ingresso, in quanto il locale commerciale era privo dei requisiti previsti dalla normativa urbanistica in materia.

In relazione alla situazione urbanistico-edilizia, così può essere ricostruito l'iter della pratica afferente tale immobile: il comune aveva rilasciato al proprietario di allora la concessione edilizia n. 470 del 21/12/1970 per intraprendere lavori di restauro dei fabbricati in questione, successivamente veniva presentata domanda di sanatoria (ex L. 47/85) dal signor Marletta il 30.09.1986, relativamente ad opere abusive realizzate negli anni 1970/1975/1976/1983; la relativa concessione edilizia in sanatoria n. 1008 del 1/12/2003 è stata rilasciata per “parte” dell'edificio realizzato in difformità dall'originaria licenza edilizia, per l'esattezza, limitatamente all'ampliamento del piano seminterrato (mq. 105 circa) ed al suo cambio di destinazione d'uso, lasciando, tuttavia, in sospeso la sanatoria relativa all'ampliamento al piano terra, a destinazione commerciale di mq 395 circa.

Per tale profilo la pratica è stata, quindi, definita con il provvedimento del 4 marzo 2005 del Dirigente del Settore Urbanistica del Comune di Nuoro, di “diniego concessione edilizia in sanatoria”, in quanto l'area interessata alla costruzione è sita all'interno della fascia di rispetto cimiteriale prevista all'epoca della realizzazione dei manufatti dal vigente P.R.G.. Nella stessa data il Responsabile del procedimento ed il Dirigente del settore urbanistica hanno emanato ordinanza di demolizione per opere in assenza di concessione edilizia.

Contro questa ordinanza, nonché contro il provvedimento di diniego della concessione edilizia propone, l'interessata, ricorso giurisdizionale deducendo i seguenti motivi censura:

1) sulla domanda di condono del 30 settembre 1986 si è formato il silenzio assenso ai sensi dell'art. 35 della legge 28/2/1985 n. 47. In ogni caso la sanatoria si è, comunque, verificata per il disposto dell'articolo 35, comma 15, della legge n. 47/85 e per il comma 18, essendo decorsi non solo 24 mesi dai due pagamenti effettuati, ma altresì per essere trascorsi i 36 mesi che fanno maturare la prescrizione dell'eventuale diritto al conguaglio o al rimborso.

2) Motivo dominante del rigetto della sanatoria edilizia è la pretesa violazione del vincolo cimiteriale, ma, con deliberazione 9 gennaio 1986 n. 45 (avente ad oggetto la perimetrazione della nuova area di rispetto del cimitero urbano di Nuoro) il Consiglio Comunale, ha preso atto che "il raggio" della stessa zona era stato stabilito -con deliberazione n. 159 del 6 dicembre 1958 - in m. 100, a partire dal muro di recinzione ed ha modificato tale distanza in m. 100 dal campo di inumazione. Il fabbricato di cui si discute, oggetto anche del parere favorevole della commissione edilizia del 1994, sorge a una distanza che supera di molto i 100 m. L'amministrazione ha ritenuto immotivatamente che il vincolo cimiteriale precludesse il rilascio della concessione ed ha ignorato l'esistenza della suddetta deliberazione consiliare, ha, inoltre, omesso di considerare che non esiste nessun pregiudizio igienico-sanitario per le costruzioni poste a sud del cimitero, come quella per cui è causa ed, infine, non ha tenuto conto che la zona è del

tutto edificata e che molti altri edifici sono stati autorizzati, in considerazione del carattere “monumentale” del cimitero.

3) Le censure sopra dedotte si riflettono anche sull’ordinanza di demolizione impugnata.

Si è costituita in giudizio l’amministrazione intimata che, per il tramite del proprio difensore, controdeduce alle tesi esposte ricorso e ne chiede il rigetto, con vittoria di spese.

Si è costituita in giudizio anche la cointeressata ANSER Srl che, per il tramite del proprio difensore, insiste per l’accoglimento del ricorso.

Alla pubblica udienza del 30 maggio 2007, la causa è stata assunta in decisione dal Collegio.

DIRITTO

Con il presente ricorso si impugnano i seguenti atti dell’amministrazione comunale: 1) il provvedimento prot. n. 9202 del 4/3/2005, del Dirigente del Settore Urbanistica, di diniego della concessione edilizia in sanatoria, richiesta dalla ditta Marletta in data 30/09/1986 e, 2) l’ordinanza di demolizione del Dirigente Settore Urbanistica, n. 033/05 prot. n. 0009357 del 7/3/05, delle opere abusive non sanate, realizzate in assenza di concessione edilizia.

In punto di fatto deve essere sottolineato che la domanda di sanatoria è stata presentata in data **30 settembre 1986** (ex L. n. 47/85 e Legge Regionale n. 23/85), e che la pratica, definita, in parte, con concessione edilizia in sanatoria n. 1008 del 1/12/2003, è stata definitivamente conclusa con il provvedimento oggi impugnato, precisamente in data **4 marzo 2005**, cioè dopo circa 20 anni.

Dalla documentazione depositata in corso di causa e dalle memorie delle parti sono emerse le seguenti vicende.

La prima opera realizzata, assentita con regolare concessione edilizia n. 470 del 21.12.1970, consiste in un locale di 330 mq. a piano terra, destinato a “magazzino” e in un seminterrato di 100 mq.

A seguito della domanda del 1986 è stato sanato (nel 2003) un ampliamento del seminterrato di 7 mq ed il suo cambio di destinazione d’uso.

Sono rimasti esclusi dalla sanatoria un locale al piano terra così composto: locale edificato nel 1982 di mq. 160 circa, locale edificato nel 1975 di mq. 130 circa, magazzino edificato nel 1976 di circa mq 100, per un totale di circa 390 mq. che costituiscono un ampliamento del precedente fabbricato.

Nelle more della definizione della domanda di sanatoria, la ditta richiedente è stata invitata, in data 24/10/1988, dal Sindaco a regolarizzare gli importi dovuti per "oblazione definitiva ed "oneri concessori" (salvo conguaglio), relativi **a tutte le opere** oggetto della domanda, tali oneri sono stati regolarmente corrisposti. Nel locale abusivo è stato consentito lo svolgimento di attività commerciali e lo stesso locale ha avuto in data 11 dicembre del 2004 da parte dell'ASL di Nuoro il nullaosta igienico sanitario “Per esercitare l’attività di vendita di generi alimentari, frutta e verdura”; in data 22/12/2004 il nullaosta per svolgere l'attività di “Macelleria, con laboratorio di preparazione di prodotti semplici e composti” e, da ultimo, in data 22/12/2004, il nullaosta sanitario per lo svolgimento dell'attività di “Pescheria”.

Con questo si vuole evidenziare che il comune, inspiegabilmente ed al di fuori di ogni canone di buona amministrazione ha lasciato in sospenso la pratica edilizia in questione per un periodo di tempo lunghissimo, adottando, nel frattempo, comportamenti atti ad ingenerare nel privato una fondata aspettativa in ordine al buon esito della sua domanda.

Deve a questo punto valutarsi la censura relativa al silenzio-assenso.

Assume la ditta interessata che sulla sua pratica di condono edilizio si è formato il silenzio-assenso, ai sensi dell'art. 35 della legge 28/2/1985 n. 47.

La censura è fondata nei limiti che saranno in seguito specificati, e deve, pertanto, essere accolta in parte.

Come la giurisprudenza ha ormai chiarito con orientamento costante, il termine di due anni stabilito dall'art. 35, comma 14 della legge 28 febbraio 1985 n. 47, per la formazione del silenzio-assenso in materia di sanatoria di costruzioni edilizie abusive, presuppone che la domanda sia stata corredata dalla prescritta documentazione, non sia infedele, sia stata interamente pagata l'oblazione, etc., ed, altresì, che l'opera non sia in contrasto con i vincoli di inedificabilità di cui all'art. 33 della legge suddetta.

Quest'ultimo, ferma restando la verifica degli altri elementi da parte del comune, è uno dei profili nella specie insussistenti.

Nel caso in questione l'amministrazione ha negato la sanatoria sull'unico rilievo che l'opera ricadeva su di un'area totalmente inedificabile ex art. 33 della legge n. 47/85, circostanza che, se realmente esistente, sarebbe stata ex se sufficiente anche ad escludere la sussistenza della

fattispecie del silenzio assenso.

Il Collegio, tuttavia, non condivide tale tesi per le ragioni che saranno evidenziate nell'esaminare le censure dedotte con il secondo motivo di gravame.

Con tali mezzo deduce – sostanzialmente - la società ricorrente l'erroneità della motivazione del provvedimento impugnato che nega la concessione in sanatoria in quanto l'edificio ricade nella zona di rispetto cimiteriale.

Ad avviso del Collegio la censura è fondata e deve, pertanto, essere accolta.

Nel provvedimento impugnato si legge testualmente: *"la zona di rispetto cimiteriale impone una limitazione legale della proprietà a carattere assoluto e... rientra tra le ipotesi previste dall'art. 33 della legge 47/85, secondo cui sono escluse dalla sanatoria edilizia le opere "in contrasto con i seguenti vincoli, qualora questi comportino l'inedificabilità e siano stati imposti prima delle opere stesse:...d) di ogni altro vincolo che comporti la inedificabilità delle aree"*.

Sicuramente l'amministrazione intimata fa risalire tale inedificabilità all'art. 338, comma 1, del R.D. 27 luglio 1934 n. 1265 (T.U. delle leggi sanitarie), che impone una certa distanza dei cimiteri dal centro abitato.

Parte della giurisprudenza ha affermato che *"La fascia di rispetto cimiteriale non comporta ex se un'inedificabilità assoluta ma è l'Autorità preposta alla tutela del vincolo che, in sede di formulazione del parere, deve specificare i motivi ostativi alla realizzazione del singolo manufatto e*

ciò in quanto la presenza di alcuni edifici all'interno della zona di rispetto cimiteriale non concreta di per sé una violazione della distanza minima, posto che questa è fissata dall'art. 338 del T.U. 27 luglio 1934 n. 1265, in relazione ai centri abitati, e non ai fabbricati sparsi che non possono ricondursi ai primi.” (così: TAR Trentino Alto Adige-Trento, sent. n. 64 del 2 aprile 1997; in termini: CdS, sez. IV sent. n. 775 del 16 settembre 1993; TAR Trentino Alto Adige-Trento, sent. n. 336 del 1 agosto 1994. Nel senso che la distanza minima, oltre la quale deve essere collocato il cimitero, fissata dall'art. 338 della legge citata, si riferisce ai centri abitati e che, pertanto, *la presenza di alcuni edifici all'interno della zona di rispetto non concreta di per sé una violazione di tale distanza*, cfr. oltre alla sent. n. 775/93 del CdS già citata, anche Tar Emilia-Romagna-Bologna, I sez. 27 settembre 1997, n. 622; Tar Marche 12 agosto 1997, n. 677; Tar Campania-Napoli, 9 giugno 1997, n. 1503).

Altra parte della giurisprudenza ha, invece, ritenuto che il divieto di costruire nuovi edifici e di ampliare quelli esistenti, di cui alla normativa sopra citata, integri un vincolo di inedificabilità assoluta (così: CdS, sez. V, 12 novembre 1999, n. 1871; CdS, sez. II, parere 28 febbraio 1996, n. 3031/95; Tar Lombardia-Milano, 11 luglio 1997 n. 1253; Tar Toscana, I sezione, 29 settembre 1994, n. 471).

La norma, nel testo modificato dalla legge 1 agosto 2002, n. 166, così recita: *“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.

.....

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.

*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.*

Al fine dell'acquisizione del parere della competente azienda sanitaria locale, previsto dal presente articolo, decorsi inutilmente due mesi

dalla richiesta, il parere si ritiene espresso favorevolmente.

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.”

In precedenza il potere di consentire l'ampliamento di edifici preesistenti o la costruzione di nuovi all'interno della fascia di rispetto competeva al Prefetto.

Anche volendo aderire alla tesi più restrittiva, deve essere evidenziato che, nel caso di specie, da parte del comune di Nuoro, è stata adottata una disciplina “in deroga”, invero consentita dall'art. 338 citato.

Il Consiglio comunale, già con deliberazioni n. 83 e 83 bis del 4/03/1968, depositate agli atti causa, pur prendendo atto che la distanza del cimitero dalle abitazioni non dovesse essere inferiore ai 100 metri, approvava alcuni progetti in deroga a tale divieto. Successivamente, con deliberazione del 9 gennaio 1986 n. 45 stabiliva, per una serie di ragioni in essa elencate, di ridurre la zona di rispetto cimiteriale a un raggio di 100 metri, *misurati a partire dal campo di inumazione*, avendo accertato che il seppellimento detto “tumulazione”, per le modalità di esecuzione, non dava luogo ad alcun inconveniente igienico-sanitario.

La delibera, ad avviso del Collegio, deve ritenersi efficace e autovincolante per l'amministrazione che la ha adottata, pertanto, l'Ufficio tecnico doveva esaminare la domanda di sanatoria della società ricorrente

alla stregua di tale delibera che, con planimetria allegata, ha ripermetrato la zona sottoposta a vincolo cimiteriale, con esclusione, a quanto, almeno, è dato di constatare sulla base della non chiarissima planimetria esibita, l'area su cui insiste il fabbricato oggetto della domanda di condono.

Il Collegio conosce, ma non condivide, la tesi contraria sostenuta recentemente, in un caso del tutto analogo, dal Consiglio di Stato, sez. V, con sent. n. 1593/06, dove è fermato: *“la riduzione della zona di rispetto del cimitero a 50 metri (per i comuni con popolazione non superiore ai 20.000 abitanti, come il Comune di S. Antonio Abate) poteva all'epoca conseguirsi solo con provvedimento del Prefetto (nella specie mancante), non essendo sufficiente la delibera comunale ed il parere favorevole della USL. Invero, solo con le modifiche introdotte dall'art. 28 L. 1.8.2002 n. 166 il relativo potere (peraltro limitatamente alle opere pubbliche e di interesse pubblico ivi indicate) è stato conferito al Consiglio comunale, previo parere favorevole della competente ASL”*.

Si ritiene, difatti, prevalente, rispetto a tale tesi, il principio generale in base al quale i provvedimenti amministrativi, ancorché illegittimi, e quindi anche nell'ipotesi di incompetenza, sono efficaci ed esecutivi, fino a quando non vengano eliminati dal mondo giuridico (con l'esercizio dell'autotutela o con l'annullamento in sede di ricorso amministrativo o giurisdizionale).

Nel caso di specie, il Consiglio comunale ha deliberato di ridurre le dimensioni dell'area sottoposta a vincolo cimiteriale, con un atto generale di contenuto urbanistico, non avente sicuramente natura regolamentare (e perciò non disapplicabile), che è ormai divenuto inoppugnabile e

rappresenta il presupposto sulla cui base l'ente doveva agire, salvo l'esercizio dell'autotutela. Non risulta, inoltre, dagli atti di causa che la USL di competenza abbia espresso parere negativo, sicchè decorsi i termini entro i quali l'amministrazione sanitaria doveva esprimersi si deve dare per avverata la condizione alla quale il Consiglio aveva subordinato l'esecutività della delibera n. 57/86.

E che il Consiglio comunale possa, oggi, ridurre la zona di rispetto cimiteriale, sia per dare esecuzione ad un'opera pubblica sia per realizzare un intervento urbanistico (non necessariamente "*pubblico*"), purchè non vi ostino ragioni igienico-sanitarie, è lo stesso art. 338 al V comma del T.U. delle leggi sanitarie a prevederlo.

Sussistendo, nel caso in questione, un atto del Consiglio comunale, che disciplina questo specifico aspetto urbanistico, viene a cadere una delle condizioni ostative alla formazione del silenzio assenso, salve le verifiche sulla sussistenza delle altre e comunque il Dirigente dell'Ufficio tecnico non poteva, sulla domanda di condono della società ricorrente, limitarsi ad affermare l'esistenza del vincolo, ma avrebbe dovuto, alla stregua della disciplina introdotta dalla delibera comunale del 1986, verificare la distanza dell'immobile abusivo dalla zona di "inumazione".

Alla stregua delle considerazioni svolte, il provvedimento di diniego di concessione edilizia in sanatoria è annullato.

In relazione al provvedimento di demolizione impugnato, il Collegio non può che procedere al suo annullamento avendo lo stesso, quale unico presupposto, il diniego di concessione edilizia.

Alla stregua delle considerazioni svolte ed assorbiti gli ulteriori

motivi di censura, il ricorso è, pertanto, accolto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

SEZIONE SECONDA

Accoglie il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento prot. n. 9202 del 4/3/2005, div. n. 06/2005, del Dirigente del Settore Urbanistica del Comune di Nuoro e l'ordinanza di demolizione dello stesso Dirigente n. 033/05 prot. n. 9357 del 7/3/05.

Condanna l'amministrazione intimata al pagamento delle spese di giudizio che liquida forfetariamente in €2.500,00 (duemilacinquecento/00), più IVA e CPA.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Cagliari, nella camera di consiglio, il giorno 30 maggio 2007, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, con l'intervento dei signori:

Lucia Tosti,	Presidente;
Rosa Panunzio,	Consigliere – estensore;
Francesco Scano,	Consigliere.

Depositata in segreteria oggi: 26/06/2007

Il Segretario Generale f.f.