

Pubblicato il 16/01/2019

Sent. n. 34/2019

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 126 del 2018, proposto da [omissis], rappresentato e difeso dall'avvocato Rosario Cannata, domiciliato ai sensi dell'art.25 c.p.a; contro

Comune di San Pietro di Carida', in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniela Fusca', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della determina dirigenziale 21 dicembre 2017, n. 169, prot. n. 5282, con la quale il Comune di San Pietro di Caridà ha disposto la "riammissione" del suolo cimiteriale e del loculo ivi realizzato nella disponibilità comunale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Pietro di Carida';

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2018 il dott. Andrea De Col e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Espone il ricorrente:

-di aver presentato in data 28 ottobre 2016 al Comune di S. Pietro di Caridà istanza per l'acquisto di una porzione di suolo cimiteriale, estesa circa 3 mq, per l'edificazione di una tomba a tre posti;

-che, verificata la disponibilità del posto da parte della Polizia Municipale identificato al n. 433 ed individuato nel lato sinistro a scendere del cimitero di Caridà Centro, la pratica veniva trasmessa al responsabile del servizio tecnico che esprimeva parere favorevole all'acquisto del suolo cimiteriale ed autorizzava *"la costruzione della tomba a tre posti dietro presentazione di regolare SCIA. Per la regolarizzazione dovrà pagare € 465,00 per l'acquisto del suolo, € 51,16 per l'autorizzazione alla costruzione della tomba"*;

-di aver provveduto ad eseguire i pagamenti richiesti per poi presentare regolare SCIA, per l'avvio dei lavori di edificazione di una tomba a tre loculi sovrapposti, da realizzare e che finiva per essere realizzata sull'area così come sopra individuata;

-che, con nota dell'11 dicembre 2017, prot. n. 5096, il Comune resistente trasmetteva al Sig. [omissis] comunicazione di avvio del procedimento *"per l'emanazione del provvedimento finale, ivi compresa la comunicazione alla Competente Autorità giudiziaria, in merito all'abusiva costruzione di loculi su*

di un suolo cimiteriale mai concesso in uso", concedendo 5 giorni per la presentazione di memorie e documenti;

-che, nonostante il tempestivo deposito di memorie difensive, il Comune emanava la determina dirigenziale 21 dicembre 2017, n. 16 con cui acquisiva d'imperio l'opera nel frattempo già edificata. 2. Avverso quest'ultimo provvedimento ha proposto ricorso il sig. [omissis], formulando due doglianze di illegittimità, l'una per violazione dell'art.21 novies L.241/90 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria ed ingiustizia manifesta (1^ motivo), l'altra per violazione e falsa applicazione dell'art.35 d.P.R. n.380/2001 e violazione del principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi (2^ motivo).

Secondo la prospettiva del ricorrente, l'Amministrazione intimata non avrebbe potuto acquisire autoritativamente l'area cimiteriale e l'edicola su di essa edificata, senza prima annullare in autotutela la formazione del titolo edilizio ("autorizzazione seguita da presentazione di SCIA").

In secondo luogo, il Comune avrebbe attuato una sorta di espropriazione di fatto, impadronendosi del manufatto realizzato a cura e a spese del ricorrente, anziché ordinarne la demolizione dell'abuso edilizio previa diffida ai sensi dell'art.35 del d.P.R.n.380/2001 (Testo Unico sull'Edilizia).

3.All'esito dell'udienza in camera di consiglio del 27 marzo 2018 fissata per la discussione dell'incidente cautelare, il Collegio, con ordinanza n.52 del 2018, rigettava l'istanza di sospensiva ravvisandone l'insussistenza dei presupposti.

La decisione veniva riformata dal Consiglio di Stato, con ordinanza n.3362 del 2018, sul presupposto che *"gli argomenti dell'appellante non appaiono palesemente privi di rilevanza, in particolar modo per quanto concerne l'aspetto del dedotto periculum in mora"*, rinviando alla fase di merito *"una più articolata e completa valutazione delle risultanze istruttorie di causa"*.

4.In vista della discussione di merito si è costituito il Comune di S. Pietro di Caridà, eccependo l'infondatezza in fatto ed in diritto del ricorso introduttivo, e la parte ricorrente ha depositato memorie.

5.All'udienza pubblica del 21 novembre 2018 l'affare veniva introitato per la decisione.

6.Il ricorso è infondato.

7.Quanto alla prima censura, il dovuto approfondimento istruttorio, proprio della fase di merito, ha definitivamente persuaso il Collegio che il ricorrente, se pure provvisto di un titolo edilizio astrattamente idoneo a consentirgli di realizzare la tomba con i tre loculi, mancava della necessaria concessione amministrativa d'uso sull'area cimiteriale.

Il punto è nodale e decisivo ai fini della decisione.

Nel nostro ordinamento, è noto che *"il diritto sul sepolcro già costruito nasce da una concessione da parte dell'autorità amministrativa di un'area di terreno (o di una porzione di edificio) in un cimitero pubblico di carattere demaniale (art. 824 c.c.) e tale concessione, di natura traslativa crea, a sua volta, nel privato concessionario, un diritto soggettivo perfetto di natura reale e, perciò, opponibile, "iure privatorum", agli altri privati, assimilabile al diritto di superficie, che si affievolisce, degradando ad interesse legittimo, nei confronti della p.a. nei casi in cui esigenze di pubblico interesse per la tutela dell'ordine e del buon governo del cimitero impongono o consigliano alla p.a. di esercitare il potere di revoca della concessione"* (Cass.Civ., S.U., 7.10.1994 n.8197).

Nel caso di specie, come condivisibilmente assunto dalla difesa comunale, quello rilasciato dal responsabile dell'ufficio tecnico comunale in data 28.10.2016 rimane un parere, idoneo ad esplicitare effetti endoprocedimentali e non autorizzatori.

Inoltre, anche a volerlo ritenere una concessione cimiteriale, esso sarebbe nullo ex art.21 septies L.241/90 per mancanza degli elementi essenziali, così come prescritti anche dall'art.19 del Regolamento di polizia mortuaria, oltre che per inesistenza dell'oggetto e cioè di un lotto materialmente edificabile la cui esistenza—come ben evidenziato nel provvedimento impugnato e non contestato ex adverso—non si rinviene nella planimetria approvata da Comune con delibera n.2 del 2001 (il cd. posto n.433).

Ne consegue che quello adottato dal Comune di S.Pietro in Caridà può essere qualificato come un provvedimento di rilascio di beni demaniali ai sensi dell'art.823 comma 2 c.c., espressione di

autotutela esecutiva e non decisoria, stante l'occupazione abusiva dell'area cimiteriale posta in essere dal ricorrente.

Né può soccorrere alcun legittimo affidamento in capo all'interessato derivante dal rilascio del citato "parere" favorevole all'acquisto della porzione di sedime cimiteriale ovvero dall'autorizzazione alla costruzione della tomba rilasciata -non senza contraddizione - "*dietro presentazione di regolare SCIA*".

Come puntualizzato dalla difesa comunale infatti, la presentazione della SCIA prevista come istituto generale dall'art.19 della L.241/90 – tanto in campo edilizio quanto in capo economico- comporta l'assunzione di precise responsabilità in capo al professionista incaricato della presentazione del progetto, tenuto vieppù ad asseverare l'esistenza, oltre che dell'assegnazione di un lotto edificabile, di un titolo valido ed efficace ad occupare il suolo cimiteriale che non fosse un mero "parere" ma una formale concessione demaniale.

8.Nemmeno la seconda censura merita condivisione.

In disparte il tenore testuale del provvedimento che, nel "riammettere" l'area abusivamente occupata nella disponibilità comunale, subordina la demolizione dell'edicola edificata ad una futuro e discrezionale apprezzamento sulla edificabilità del suolo su cui essa è sorta, vanificando per ciò solo il sospetto che l'area stessa sia immediatamente disponibile in concessione, il mezzo si profila irrilevante e quindi privo di fondamento.

Osserva il Collegio che l'ordine di ripristino de quo è stato adottato non per difetto del titolo edilizio (da ciò l'irrilevanza dell'invocato disposto normativo dell'art.35 d.P.R. n.380/01), ma per difetto del titolo autorizzatorio (*rectius* concessione) all'occupazione di suolo demaniale.

E' necessario, infatti, tenere distinti gli aspetti attinenti alla trasformazione urbanistica ed edilizia dei suoli di proprietà pubblica dagli aspetti legati alla legittima occupazione degli stessi.

Riguardo ad un'attività edile che abbia ad oggetto un suolo pubblico si pongono entrambe le problematiche.

L'occupazione di un suolo demaniale privo di un titolo legittimante, come accade nel caso sottoposto in decisione, rileva, anche in termini sanzionatori, in modo autonomo e separato rispetto alla illegittima trasformazione urbanistica ed edilizia dello stesso suolo a cui si riferisce la disciplina dell'art.35 del d.P.R.380/01, il quale fa sì che l'ordine di demolizione per difetto di titolo edilizio e non per difetto di titolo autorizzatorio all'occupazione del suolo demaniale ricada nella competenza esecutiva e provvedimento dell'amministrazione comunale (cfr.TAR Napoli sez.VII,10.10.2014).

Nonostante detta autonomia, la legittima occupazione di un suolo pubblico (sulla base di un rapporto di concessione tra P.A.e privato), qui insussistente, rappresenta una condizione, dal punto di vista logico e giuridico, necessaria ai fini dell'ottenimento del titolo abilitativo all'edificazione del suolo medesimo.

In altri termini, è l'esistenza di una concessione di suolo pubblico, che ricomprenda la facoltà di compiere attività edificatorie, a ricondurre il concessionario tra i soggetti abilitati ad ottenere il permesso di costruire indicati dall'art.11 del d.P.R. n.380/01 o a presentare idonea SCIA (TAR Puglia, Lecce, III 5.12.2014 n.3040).

Nel caso in questione, non rileva allora se il titolo edilizio si sia formato legittimamente o meno, né che la rimozione del manufatto abusivo sia stato o meno preceduto da diffida ex art.35 del d.P.R.n.380/01, essendo dirimente e concludente il fatto che l'occupazione dell'area cimiteriale sia avvenuta sine titulo.

9.In definitiva, il ricorso va respinto.

10.Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna il ricorrente alla refusione delle spese di giudizio in favore dell'Amministrazione comunale resistente, che liquida in euro 1.000,00 (mille/00), oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Andrea De Col, Referendario, Estensore

Antonino Scianna, Referendario

L'ESTENSORE

Andrea De Col

IL PRESIDENTE

Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO