

**Pubblicato il 04/06/2019**

**Sent. n. 798/2019**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

-sul ricorso numero di registro generale 995 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da [omissis], rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Colasuonno e Leo Di Vincenzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Panza, in Bari, via S. Francesco D'Assisi n. 15; contro

Comune di Andria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Di Bari e Giuseppe De Candia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alberto Bagnoli in Bari, via Dante Alighieri, 25;

-sul ricorso numero di registro generale 1296 del 2017, proposto da [omissis], rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Colasuonno, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Panza in Bari, via San Francesco D'Assisi n. 15; contro

Comune di Andria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe De Candia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alberto Bagnoli in Bari, via Dante Alighieri n.25;

-per l'annullamento

A) quanto al ricorso n. 995 del 2010:

- dell'ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi n. [omissis], notificata in data [omissis], emessa dal Dirigente del Settore Pianificazione del Territorio del Comune di Andria, recante ingiunzione di demolire entro e non oltre 90 giorni alcuni manufatti realizzati sull'area di proprietà del ricorrente sita in [omissis], perché realizzati in assenza del permesso di costruire e in area sottoposta a vincolo cimiteriale;

- nonché di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale rispetto a quello impugnato, ancorché non conosciuto;

A1) quanto ai motivi aggiunti del 14.12.2010:

-per l'annullamento

-del diniego tacito maturato sull'istanza di accertamento di conformità ex art. 36 dpr 380/01 presentata dal ricorrente ed assunta al Comune di Andria con il protocollo n. [omissis]); e per l'accertamento del diritto del ricorrente di ottenere il permesso in sanatoria;

A2) quanto ai motivi aggiunti depositati il 15.12.2016:

-per l'annullamento, previa sospensione

-dell'ordinanza dirigenziale n. [omissis] emessa dal Settore Sportello Unico Edilizia (S.U.E.) del Comune di Andria, a firma del Dirigente [omissis], con cui è stata respinta la richiesta di sanatoria ex art. 36 D.P.R. 380/2001, presentata dal ricorrente in data [omissis] ed, al contempo, si è ingiunta la demolizione dei manufatti edilizi, realizzati in agro di Andria alla [omissis];

-della delibera di Consiglio Comunale di Andria n. 60 del 28.06.2001, di soppressione della Commissione Edilizia Comunale, e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorchè non conosciuto;

B) quanto al ricorso n. 1296 del 2017:

-per l'annullamento

-dell'ordinanza dirigenziale n. [omissis] di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Andria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2019 la dott.ssa Rosaria Palma e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1.- Il sig. [omissis] ha realizzato su area in sua proprietà (sita in Andria alla [omissis], riportata in Catasto al foglio [omissis] p.lla [omissis], e tipizzata parte come F 2,3,4 dal vigente P.R.G. del Comune di Andria), e in assenza di titolo abilitativo edilizio, un parcheggio fuoriterza con manufatto di guardiania, una cisterna per la raccolta dell'acqua piovana, una tettoia 1,75 mq di copertura del parcheggio con murature di tompagno di sostegno, pavimentando altresì tutta l'area.

2. -Con ricorso Rg.n. 995/2010, notificato il 28.5.2010 e depositato il 25.6.2010, il ricorrente ha impugnato innanzi all'intestato Tribunale l'ordinanza di demolizione n. [omissis], notificata il [omissis], emessa dal competente dirigente del Comune di Andria, presentando contestualmente istanza di accertamento di conformità ex art. 36 DPR 380/01;

3. - Con i motivi aggiunti del 15.12.2010 parte ricorrente ha impugnato il provvedimento tacito di rigetto della domanda di sanatoria (art. 36 comma 3 DPR 380/2001); e con i successivi motivi aggiunti del 15.12.2016, ha contestato il provvedimento di rigetto espresso (ordinanza n. [omissis], notificata il [omissis] [omissis]) dell'istanza ex art. 36 DPR 380/2001, recante contestuale ingiunzione a demolire i manufatti abusivi.

4. - Parte ricorrente ha affidato tale ultimo gravame ai seguenti motivi di ricorso:

*I) Violazione dell'art. 5 dpr 380/01 per mancata richiesta di acquisizione, da parte dello Sportello Unico Edilizia del Comune di Andria, del parere igienico sanitario e dell'autorizzazione del Consiglio comunale. Violazione di consolidati principi giurisprudenziali in tema di acquisizioni di pareri e autorizzazioni da parte dello sportello Unico Edilizia (S.U.E). Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione del principio di buon andamento della P.A (art. 97 Cost.).*

*II) Violazione e malgoverno dell'art. 36 del DPR 380/01, Violazione degli artt. 2.2 e 2.7 delle Norme Tecniche di Esecutive allegate al prg del Comune di Andria. Difetto dei presupposti giustificativi. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione della destinazione urbanistica dei luoghi di causa. Violazione del principio di affidamento. Illogicità manifesta.*

*III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 338 del r.d 1265 del 1934 (Testo Unico Leggi Sanitarie) anche in relazione alla violazione per mancata applicazione dell'art. 32 della L. 47/1985. Violazione e malgoverno dell'art. 36 del d.p.r 380/01. Difetto dei presupposti giustificativi. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. IV Violazione dell'art. 31 del d.p.r 380/01, in relazione alla erronea applicazione dell'art. 10 d.p.r 380/01. Eccesso di potere per difetto di motivazione. Eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti. V. Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 comma 5 in relazione all'art. 15 L.R. Puglia n. 56/80.*

5. - Con successivo ricorso rg. n. 1296 del 2017, notificato il 30.10.2017 e depositato il 1.12.2017, l'istante ha chiesto annullarsi l'ordinanza dirigenziale di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione.

6. - Si è costituito, in entrambi i giudizi, il Comune di Andria deducendo l'inammissibilità e, in ogni caso, l'infondatezza delle impugnative proposte.

7. - All'udienza pubblica del 20.10.2016 il ricorso rg. n. 995/2010 è stato cancellato dal ruolo per consentire la proposizione di motivi aggiunti, mentre all'udienza del 18.1.2017, parte ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare frattanto proposta.

8. - All'udienza straordinaria di smaltimento del 14.3.2018, la trattazione di entrambi i giudizi, su richiesta delle parti, è stata differita all'udienza del 24.10.2018 nella quale i difensori delle parti hanno reiterato la richiesta di rinvio della trattazione.

9. - All'udienza pubblica del 13.2.2019 i ricorsi sono stati trattati congiuntamente e sono stati trattenuti in decisione.

10. - Deve preliminarmente disporsi la riunione dei ricorsi, come meglio in epigrafe indicati, ai sensi dell'art. 70 c.p.a., per ragioni di evidente connessione soggettiva ed oggettiva.

11. - Ancora preliminarmente, il Collegio ritiene, come correttamente eccepito dalla difesa comunale, che il ricorso Rg. n. 995/2010 sia divenuto improcedibile a seguito della presentazione, da parte del ricorrente, dell'istanza di accertamento di conformità.

11.1- Invero, la presentazione di una domanda di accertamento di conformità in epoca successiva all'adozione dell'ordinanza demolitoria produce la conseguenza di far venire meno gli effetti dell'atto sanzionatorio. Il che postula la sopravvenuta carenza di interesse del ricorso avverso l'atto demolitorio, posto che il riesame dell'abusività dell'opera, provocato dall'istanza, sia pure al fine di verificarne l'eventuale sanabilità, comporta la necessaria formazione di un nuovo provvedimento, esplicito o implicito (di accoglimento o di rigetto) che vale comunque a superare il provvedimento sanzionatorio oggetto dell'impugnativa.

11.2- Ne consegue l'improcedibilità del ricorso originario, ormai incentrandosi, la controversia, sulla legittimità del provvedimento di diniego della conformità dell'opera e rinnovo dell'ordine demolitorio, gravato con successivi motivi aggiunti di ricorso (conforme, T.A.R. Napoli, sez. IV, 12/10/2017, n.4790).

12. - Parimenti improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse risultano i primi motivi aggiunti di ricorso, (nell'ambito del gravame recante il n.r.g. 995/2010) volti a contestare la legittimità del secondo provvedimento di diniego tacito della domanda di sanatoria presentata ai sensi dell'art. 36 comma 3 DPR 380/2001, per effetto della sopravvenienza del provvedimento espresso di rigetto.

13. - Ciò posto, il Collegio ritiene infondati i motivi aggiunti del 15.12.2016 proposti avverso il provvedimento espresso di rigetto dell'istanza di accertamento di conformità e di ingiunzione alla demolizione (ordinanza n. 472/2016).

13.1- A sostegno dell'atto da ultimo indicato l'amministrazione civica ha posto la seguente motivazione:

*“le opere abusivamente realizzate risultano essere in contrasto con la norma dell'art. 2.14 ultimo comma delle NTE del prg vigente, in quanto rientrano all'interno della “fascia di rispetto cimiteriale” stabilita dall'art. 338 del RD 1265/34 (Fonte normativa di rango primario anche rispetto alle previsioni di P.R.G). Né può valere la considerazione che la tipizzazione della particella n. 1687 del foglio di mappa n. 53 è F2-F3-F4 (quest'ultimo comprendente i “parcheggi a raso”), atteso che a memoria del comma 5 dell'art. 338 del rd già richiamato, solamente il Consiglio comunale può consentire, previo parere favorevole della competente azienda sanitaria locale, la riduzione della zona di rispetto cimiteriale per la costruzione del parcheggio privato con annesso volume- guardiania, in uno con l'approvazione dello schema di convenzione prescritto dalle N.T.E del vigente PRG(artt. 2.1 e 2.7). Pertanto quand'anche il vigente prg consente la realizzazione di parcheggi ad iniziativa anche privata non va dimenticato che deve trattarsi di opere di pubblico interesse; ne consegue che il presupposto di intervento di opere edili di iniziativa privata nelle zone*

*F-zone di uso pubblico- opere di pubblico interesse, è l'obbligatoria preventiva approvazione dei progetti da parte del Consiglio comunale e la stipula di apposita convenzione".*

13.2-Il Collegio ritiene che il provvedimento in questione vada esente dalle censure proposte da parte ricorrente, trattandosi, per quanto si dirà nel prosieguo, di atto vincolato.

13.3- Deve premettersi che, contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente (motivo n. 2 e 3), il vincolo cimiteriale previsto dall'art. 338 r.d. 1265/34, (secondo cui *"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"*) costituisce vincolo *ex lege* a carattere pubblicistico che prevale anche sulle diverse valutazioni del Prg e relative destinazioni urbanistiche (nel caso di specie, in particolare, l'area ricade, in parte, in zona F4: zone di interesse pubblico destinate a parcheggi: fuoriterra, interrati, a raso).

13.4- Trattasi, in particolare, di vincolo di inedificabilità assoluta e non relativa, tenuto conto che il caso di specie non rientra nelle eccezioni relative all'esecuzione di opera pubblica o attuazione di un intervento urbanistico.

13.5- Il vincolo in questione, in conclusione, non rientra nella sfera di operatività dell'art. 32 L. 47/85 e le opere realizzate, pertanto, non sono suscettibili di sanatoria (ex multis, Consiglio di Stato sez. VI, 15/10/2018, n.5911).

13.6. – Deve perciò ritenersi che l'esistenza del vincolo cimiteriale nell'area nella quale sono state realizzate le opere abusive, comportando l'inedificabilità assoluta, impedisce in radice il rilascio dell'accertamento di conformità, senza necessità di compiere ulteriori valutazioni.

13.7- Tale conclusione non muta neppure a seguito delle modifiche apportate all'art. 338 rd cit. dalla novella del 2002, rispetto alle richieste di privati. Secondo i principi enucleati dalla giurisprudenza (Cons. Stato sez. IV n. 4656 del 2017; sez. VI, n. 3667 del 2015; nn. 3410 e 1317 del 2014), infatti, la situazione di inedificabilità prodotta dal vincolo è suscettibile di venire rimossa solo in ipotesi eccezionali e comunque solo in considerazione dell'interesse pubblico, in presenza delle condizioni specificate nell'art. 338, quinto comma, a mente del quale *"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"*.

La disposizione ora citata appartiene al novero delle norme eccezionali e di stretta interpretazione, non mirando alla soddisfazione di interessi privati.

Tanto comporta che la procedura di riduzione della fascia cimiteriale inedificabile è attivabile nel solo interesse pubblico, come valutato dal legislatore nell'elencazione delle opere ammissibili, mentre il procedimento attivabile dai singoli proprietari all'interno della zona di rispetto è soltanto quello finalizzato agli interventi di cui al settimo comma dell'art. 338, (recupero o cambio di destinazione d'uso di edificazioni preesistenti) (conforme Consiglio di Stato sez. VI, 15/10/2018, n.5911).

La conclusione è in linea con il più recente orientamento del Consiglio di Stato che, nella materia che occupa, ha precisato che *"La tutela dei molteplici interessi pubblici che il vincolo generale previsto dall'art. 338 r.d. n. 1265 del 1934 presidia impone che i possibili interventi urbanistici ai quali il legislatore ha inteso fare riferimento siano solo quelli pubblici o comunque aventi rilevanza almeno pari a quelli posti a base della fascia di rispetto di duecento metri. Pertanto, il comma 5 dell'art. 338 cit. non può essere interpretato nel senso di consentire, eccezionalmente, con il parere favorevole della Asl, interventi urbanistici volti a soddisfare interessi pubblici, nei quali siano ricompresi – quali interventi privati di interesse pubblico - gli insediamenti produttivi e le strutture turistico-ricettive* (Consiglio di Stato sez. IV, 05/12/2018, n.6891).

14- Alla luce delle osservazioni che precedono, pertanto, il provvedimento di diniego in esame appare correttamente motivato in ragione dell'insussistenza della cd. doppia conformità delle opere realizzate.

14.1- Il permesso in sanatoria, previsto dall'art. 36 d.P.R. n. 380/2001, infatti, può essere concesso solo nel caso in cui l'intervento risulti conforme sia alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della realizzazione del manufatto, che alla disciplina vigente al momento della presentazione della domanda (ex multis, Consiglio di Stato sez. VI, 18/01/2019, n.470).

La doppia conformità è, infatti, *condicio sine qua non* della sanatoria, ed il relativo accertamento investe sia il tempo della realizzazione dell'illecito che il tempo della presentazione dell'istanza.

14.2- Nel caso di specie, viceversa, l'avversato provvedimento di diniego evidenzia, in maniera del tutto esaustiva, l'assenza totale della richiesta doppia conformità, poiché i manufatti e le opere realizzate in difetto di assenso edilizio sono in contrasto con il vincolo cimiteriale, il che è sufficiente a precludere il rilascio del permesso di costruire in sanatoria.

15.- Alla luce di quanto osservato, e in ragione della natura (non contestata da parte ricorrente) ab origine abusiva delle opere oggetto dell'istanza ex art. 380/2001, il ricorrente non può lamentare alcun difetto di istruttoria nella adozione dell'ordinanza [omissis], né lamentare un difetto di motivazione in considerazione della natura pertinenziale della pavimentazione rispetto all'intera struttura realizzata (parcheggio) che esclude l'assoggettabilità della stessa al diverso e più favorevole regime della D.I.A.

16. - Dalla natura vincolata del provvedimento adottato discende la carenza di interesse (eccepita dalla difesa dell'amministrazione civica) delle censure relative alla soppressione, da parte del Comune di Andria della Commissione urbanistica ed edilizia, il cui eventuale apporto in sede consultiva non avrebbe potuto, in definitiva, condurre ad una determinazione diversa rispetto a quella avversata.

17. - Deve essere, invece, accolto, limitatamente alla lamentata violazione dell'art. 31 dpr 380/2001, il ricorso rg. n. 1296 del 2017, con il quale il sig. [omissis] ha impugnato la nota del [omissis] (notificata il [omissis]) emessa dal dirigente del Settore 1 Servizio Sportello Unico Edilizia (S.U.E.) del Comune di Andria, con cui è stata accertata la mancata ottemperanza all'ordinanza di demolizione n. [omissis], nel termine intimato di 90 giorni, con contestuale avviso che tale provvedimento costituisce titolo per la trascrizione gratuita, nei pubblici registri immobiliari, delle opere abusive in favore del Comune di Andria.

17.1- L'indicazione dell'area di sedime, così come di quella necessaria per opere analoghe a quelle abusive, da acquisire al patrimonio comunale, costituisce, infatti, ai sensi dell'art. 31 DPR 380/2001 elemento essenziale del distinto provvedimento con cui l'Amministrazione accerta la mancata ottemperanza alla demolizione da parte dell'ingiunto, costituendo tale ultimo atto titolo per l'immissione in possesso dell'opera e per la trascrizione nei registri immobiliari. (ex multis, T.A.R. Lecce, sez. III, 19/11/2018, n.1710, T.A.R. Napoli, sez. VII, 07/02/2018, n.793).

17.2- Nel caso di specie, viceversa, il provvedimento comunale impugnato, come correttamente dedotto da parte ricorrente, contiene un generico riferimento dell'acquisizione gratuita "dell'area di sedime nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive", limitandosi, quindi, in modo del tutto insufficiente, a riprodurre l'astratta previsione dell'art. 31 d.p.r 380/01.

18. - In considerazione, pertanto, della reciproca soccombenza delle parti, il Collegio ritiene sussistere giusti motivi per compensare integralmente le spese di giudizio.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, previa riunione degli stessi:

-dichiara improcedibili: il ricorso rg. n. 995/2010 e i primi motivi aggiunti;

-respinge i secondi motivi aggiunti;

-accoglie, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, il ricorso rg. n. 1296/2017.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Dibello, Presidente FF

Giacinta Serlenga, Consigliere

Rosaria Palma, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Rosaria Palma

IL PRESIDENTE

Carlo Dibello

IL SEGRETARIO