Pubblicato il 13/12/2017

**N. 05873/2017REG.PROV.COLL.**

**N. 04722/2014 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4722 del 2014, proposto dal signor Francesco **Lamanna**, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Pilade Chiti, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Francesca Gervasio in Roma, piazza Cairoli, 6;

***contro***

Comune di **Santa** **Maria** **Capua** **Vetere**, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Pasquale Fiorillo, con domicilio eletto presso l’avvocato Giovanni Ranalli dello studio SPW & Associati in Roma, via Bertoloni, 27;

***per la riforma***

della sentenza del T.a.r. per la Campania, sede di Napoli, sezione terza, n. 5036 dell’11 novembre 2013, resa tra le parti, concernente il diniego del rilascio del permesso di costruire un impianto carburanti ed il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di **Santa** **Maria** **Capua** **Vetere**;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2017 il consigliere Nicola D'Angelo e uditi, per l’appellante, l’avvocato Bertini, su delega dell’avvocato Chiti, e, per il Comune di **Santa** **Maria** **Capua** **Vetere**, l’avvocato Fiorillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il signor Francesco **Lamanna** ha chiesto al comune di **Santa** **Maria** **Capua** **Vetere** la delocalizzazione di un impianto di distribuzione carburanti di sua proprietà fuori dal centro cittadino su un suolo privato adiacente l’asse viario di collegamento del casello autostradale con la SS 7 Appia.

2. Il Comune, con atto n. 6869 del 22 febbraio 2010, ha respinto la sua istanza volta a ottenere il permesso di costruire il nuovo impianto, rilevando l’esistenza di un vincolo cimiteriale sull’area interessata.

3. Il signor **Lamanna** ha proposto ricorso contro il provvedimento di diniego al T.a.r. per la Campania, sede di Napoli, che, con la sentenza indicata in epigrafe, lo ha respinto unitamente alla richiesta di risarcimento dei danni.

4. Ha quindi impugnato la predetta sentenza, formulando i seguenti motivi di appello (con un atto di gravame esteso per 52 pagine).

4.1. *Error in iudicando* relativamente al fatto che il raccordo tra l’asse viario autostradale e il centro cittadino (Circumvallazione Nord – Est) costituisce un’opera pubblica di cui all’art. 7, punto c), del d.P.R. n. 380/2001, e come tale ha acquisito l’implicita deroga al vincolo cimiteriale esistente di 200 metri. Di conseguenza, la stessa deroga al vincolo cimiteriale avrebbe dovuto essere applicata anche all’appellante per consentire la realizzazione dell’area di servizio richiesta, tenuto conto che quest’ultima si sarebbe potuta qualificare come opera di pubblica utilità pertinenziale dell’asse viario ai sensi dell’art. 24, commi 1 e 4, del d.lgs. n. 285/1992 (codice della strada).

4.2. *Error in iudicando* relativamente all’eccesso di potere in cui sarebbe incorso il Comune per non aver esaminato la domanda per l’esercizio di distribuzione carburanti alla luce del precedente provvedimento sindacale del 2005 di delocalizzazione e con riferimento alla circostanza che comunque la nuova allocazione del distributore avrebbe dovuto essere considerato come pertinenza di una strada che aveva avuto il nulla osta del vincolo cimiteriale.

4.3. *Error in iudicando* per omesso esame dei vizi denunciati nel ricorso di primo grado in ordine: all’eccesso di potere per difetto di istruttoria; alla violazione e falsa applicazione dell’art. 97 della Cost.; alla violazione del diritto alla difesa previsto dall’art. 24 della Cost..

4.4. *Error in iudicando* relativamente allo sviamento e alla disparità di trattamento nei confronti dell’appellante rispetto ad altre domande indicate come *tertium comparationis* e con riferimento alla richiesta di accesso documentale assentita dall’ordinanza del T.a.r. per la Campania n. 1490 del 2010 relativa alla pratica Esposito, richiesta non ottemperata dal comune di Sanata **Maria** **Capua** **Vetere**.

4.5. *Error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell’art. 338, comma 5, del T.U. delle legge sanitarie, come modificato dall’art. 28 della legge n. 166 del 2002.

4.6. *Error in iudicando* relativamente alle conclusioni della sentenza impugnata sui motivi dedotti nel ricorso di primo grado a sostegno della domanda di risarcimento del danno, in particolare con riferimento alla lesione dell’affidamento e alla perdita di *chance*sussistente anche nel caso non fosse stata accertata la illegittimità del provvedimento impugnato.

5. Il comune di **Santa** **Maria** **Capua** **Vetere** si è costituito in giudizio il 13 marzo 2015, chiedendo il rigetto del ricorso, ed ha depositato un’ulteriore memoria il 21 settembre 2017.

6. Anche il signor **Lamanna** ha depositato ulteriori scritti difensivi, per ultimo una memoria di replica il 5 ottobre 2017.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all’udienza pubblica del 26 ottobre 2017.

8. L’appello è manifestamente infondato.

9. L’appellante ha ottenuto dal Sindaco di **Santa** **Maria** **Capua** **Vetere**, con provvedimento prot. n. 16455 del 6 maggio 2005, la possibilità di delocalizzare l’impianto di distribuzione carburanti di sua proprietà fuori dal centro cittadino.

Nel 2007 ha quindi chiesto l’installazione del nuovo impianto su un terreno in suo possesso posto a margine dell’asse viario di collegamento tra il casello autostradale e la SS 7 Appia (Circumvallazione Nord - Est), in un’area ricadente all’interno di un vincolo cimiteriale.

Il Comune, con nota n. 6869 del 22 febbraio 2010, ha tuttavia respinto l’istanza tesa ad ottenere il necessario permesso di costruire, rilevando, sulla base di un parere della Commissione edilizia, che l'intervento avrebbe comportato la costruzione di edifici in area rientrante nella fascia di rispetto cimiteriale di 200 metri, individuata dall’art. 40 delle N.T.A. del P.R.G. di **Santa** **Maria** **Capua** **Vetere**, e quindi in violazione dell'art. 57 del d.P.R. n. 285 del 1990 (Regolamento di Polizia mortuaria).

10. Nei motivi di appello proposti contro la sentenza del T.a.r. per la Campania che ha respinto il suo ricorso il signor **Lamanna** evidenzia, innanzitutto, che il Comune, avendo approvato la costruzione dell’asse vario presso il quale avrebbe voluto realizzare il nuovo impianto, non ha tenuto conto che la deroga implicita al vincolo cimiteriale per la stessa opera pubblica si sarebbe dovuta estendere anche al richiesto distributore in quanto opera pertinenziale di pubblica utilità connessa alla stessa strada.

In sostanza, il Comune aveva già derogato al limite di rispetto di 200 metri dal confine del **cimitero**, sicché anche l’impianto di carburante, posto comunque al di fuori dalla fascia incomprimibile di 50 metri dal **cimitero**, avrebbe potuto e dovuto essere autorizzato in deroga. Peraltro, la stessa Amministrazione aveva autorizzato altri impianti all’interno della medesima fascia di rispetto cimiteriale.

11. La tesi dell’appellante non può essere condivisa per le seguenti ragioni:

a) la previsione di una deroga è limitata alla realizzazione di opere pubbliche puntualmente individuate;

b) nel caso di specie (pur volendo ammettere che l’impianto di carburante rientri nella categoria in questione), la deroga al vincolo cimiteriale ha riguardato esclusivamente la realizzazione di un’opera pubblica (cioè la realizzazione della strada di circumvallazione dell’asse viario di collegamento del casello autostradale di S. **Maria** **Capua** **Vetere** con la S.S. 7 Appia, direzione Caserta, a ridosso delle mura cimiteriali);

c) la deroga non può dunque ritenersi operante per qualsiasi intervento, sussistendo invece solo per le opere pubbliche per la quale tale riduzione è richiesta e disposta;

d) manca un atto di destinazione dell’ente proprietario della strada, ex artt. 24, comma 4, del codice della strada e 817 c.c., che qualifichi espressamente l’impianto di carburante come pertinenza dell’asse viario; contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa appellante, la disciplina del codice della strada e del regolamento attuativo (*in parte qua,*ovvero la dove afferma il collegamento strutturale e pertinenziale tra gli impianti di carburante e la strada su cui sono posizionati), presuppone tale atto di destinazione da parte dell’ente proprietario; ne discende la sostanziale correttezza di quanto rilevato dal giudice di primo grado, secondo cui: “*Il fatto che gli impianti di distribuzione di carburanti siano pertinenze stradali non significa che essi stessi costituiscano opere pubbliche nel senso proprio del termine*”;

e) non si rinviene inoltre, come indicato nella sentenza impugnata, alcuna disparità di trattamento ai danni dell’appellante, tenuto conto che dagli atti depositati dal Comune nel corso del giudizio emerge che anche altre domande di apertura di impianti di distribuzione di carburante (indicate dall’appellante) sono state respinte.

12. Quanto poi all’evocata violazione dell’art. 388 del R.D. n. 1265/1934 (T.U. delle legge sanitarie), va rilevato quanto disposto dal suo primo comma:

“*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*”.

Aggiunge il quinto comma, nel testo da ultimo sostituito dall’art. 28, co. 1, lett. b), della legge n. 166/2002:

“*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*”.

Sul punto la giurisprudenza ha evidenziato che:

a) il vincolo cimiteriale determina una situazione di inedificabilità *ex lege* e integra una limitazione legale della proprietà a carattere assoluto, direttamente incidente sul valore del bene e non suscettibile di deroghe di fatto, tale da configurare in maniera obbiettiva e rispetto alla totalità dei soggetti il regime di appartenenza di una pluralità indifferenziata di immobili che si trovino in un particolare rapporto di vicinanza o contiguità con i suddetti beni pubblici (da ultimo Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2016, n. 26326);

b) il vincolo ha carattere assoluto e non consente in alcun modo l'allocazione sia di edifici, sia di opere incompatibili con il vincolo medesimo, in considerazione dei molteplici interessi pubblici che la fascia di rispetto intende tutelare, quali le esigenze di natura igienico sanitaria, la salvaguardia della peculiare sacralità che connota i luoghi destinati alla inumazione e alla sepoltura, il mantenimento di un'area di possibile espansione della cinta cimiteriale (Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2016, n. 949);

c) il vincolo, d’indole conformativa, è sganciato dalle esigenze immediate della pianificazione urbanistica, nel senso che esso si impone di per sé, con efficacia diretta, indipendentemente da qualsiasi recepimento in strumenti urbanistici, i quali non sono idonei, proprio per la loro natura, ad incidere sulla sua esistenza o sui suoi limiti (Cons. Stato, sez. IV, 22 novembre 2013, n. 5544; Cass. civ., sez. I, 17 ottobre 2011, n. 2011; Id., sez. I, n. 26326 del 2016, cit.);

d) la situazione di inedificabilità prodotta dal vincolo è suscettibile di venire rimossa solo in ipotesi eccezionali e comunque solo per considerazioni di interesse pubblico, in presenza delle condizioni specificate nell'art. 338, quinto comma;

e) l’art. 338, quinto comma, non presidia interessi privati e non può legittimare interventi edilizi futuri su un'area indisponibile per ragioni di ordine igienico-sanitario, nonché per la sacralità dei luoghi di sepoltura;

f) 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, settimo comma (recupero o cambio di destinazione d'uso di edificazioni preesistenti); mentre resta attivabile nel solo interesse pubblico - come valutato dal legislatore nell’elencazione, al quinto comma, delle opere ammissibili ai fini della riduzione - la procedura di riduzione della fascia inedificabile (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2014, n. 3410; sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3667; ivi riferimenti ulteriori).

L’art. 338, quinto comma, del T.U. delle leggi sanitarie, richiamato dall’appellante, è dunque da intendersi come norma eccezionale e di stretta interpretazione, che consente di costruire in zona di rispetto cimiteriale unicamente con riguardo a specifiche domande edificatorie e non può essere base legale di un’autorizzazione a costruire *de futuro* da rinvenirsi implicitamente in un precedente assenso riferito ad altre distinte opere (cfr. Cons. Stato. Sez. IV, 6 ottobre 2017, n. 4656).

13. Tenuto conto della infondatezza della pretesa dell’appellante, il T.a.r. ha correttamente rigettato anche la domanda risarcitoria, inclusa quella relativa al ritardo con il quale l’Amministrazione comunale ha respinto la sua istanza.

Ha, infatti, rilevato, che lo stesso appellante, pur avendo notificato due diffide a provvedere, non ha attivato l’azione avverso il silenzio-inadempimento della p.a. e che comunque il Comune si era espresso, in termini negativi sostanzialmente confermati con il provvedimento finale, con la comunicazione dei motivi ostativi di cui alla nota prot. 0040336 del 28 ottobre 2008 (cioè a poca distanza di tempo dall’integrazione documentale della domanda intervenuta in data 12 luglio 2007).

Nessuna lesione dell’affidamento, pertanto, avrebbe potuto essere rintracciata, come invece sostenuto da parte appellante, nella successione degli atti che hanno portato al rigetto della domanda, essendo la stessa comunicazione del 28 ottobre 2007 (al di là della sua indole di preavviso di rigetto ai sensi dell’art. 10 bis della legge n. 241/1990), esplicitamente indicativa delle intenzioni dell’Amministrazione.

14. Ciò premesso, non può ritenersi condivisibile neppure quanto prospettato dall’appellante in ordine alla possibilità di un risarcimento da lesione dell’affidamento o comunque dalla perdita di *chance* anche in conseguenza di un provvedimento non illegittimo.

A prescindere dalla (indimostrata allo stato) esistenza, nel caso di specie, di un “provvedimento favorevole” - in ordine al quale l’eventuale domanda di risarcimento per lesione dell’affidamento sarebbe comunque di competenza del giudice ordinario (cfr. Cass. civ., SU, ordinanza 2 agosto 2017, n. 19170 e Cons. Stato, Sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 293) - l’accertamento della legittimità del provvedimento di rigetto adottato dall’Amministrazione e l’assenza di una prova rigorosa della spettanza del bene della vita rende non configurabile una qualunque forma di risarcimento del danno (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 aprile 2017, n. 1835). Tale prova sarebbe stata comunque necessaria anche in caso di acclarata illegittimità del diniego di costruzione dell’impianto di distribuzione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1436) o di ritardo procedimentale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2016, n. 1239).

15. Per le ragioni sopra esposte, l’appello va respinto in quanto manifestamente infondato e, per l’effetto, va confermata la sentenza impugnata.

16. Le spese del presente grado di giudizio, regolamentate secondo l’ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55 e della non sinteticità dell’atto di appello.

17. Il Collegio rileva, inoltre, che la pronuncia di reiezione dell’appello si basa, come sopra illustrato, su ragioni manifeste che integrano i presupposti applicativi dell’art. 26, co. 1, c.p.a. secondo l’interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza di questo Consiglio, sostanzialmente recepita, sul punto in esame, dalla novella recata dal decreto-legge n. 90 del 2014 all’art. 26 c.p.a. [cfr. sez. V, 21 novembre 2014, n. 5757; sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210; sez. V, 31 maggio 2011, n. 3252; sez. V, 26 marzo 2012, n. 1733, sez. V, 9 luglio 2015, n. 3462, cui si rinvia ai sensi degli artt. 74 e 88, co. 2, lett. d), c.p.a. anche in ordine alle modalità applicative ed alla determinazione della misura indennitaria conformemente, per altro, ai principi elaborati dalla Corte di cassazione (cfr. da ultimo sez. VI, n. 11939 del 2017 e n. 22150 del 2016)].

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna l’appellante soccombente al pagamento delle spese del presente grado di giudizio in favore del Comune di **Santa** **Maria** **Capua** **Vetere**che liquida nell’importo di euro 10.000,00 (diecimila/00), comprensivo della misura indennitaria prevista dall’art. 26, co. 1, c.p.a., oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
| **Nicola D'Angelo** |  | **Vito Poli** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

IL SEGRETARIO