

Publicato il 09/01/2023

N. 00013/2023 REG.PROV.COLL.  
N. 00788/2022 REG.RIC.  
N. 00799/2022 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 per il Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 788 del 2022, proposto da Volksbund Deutsche Kriegsgraberfuersorge, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Pierre-Roger Preussler, Teresa Marina e Daniele Maccarrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Costermano sul Garda, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Baciga e Nicola Luigi Baciga, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dei difensori, in Verona, Via A. Sciesa 10;

Regione Veneto, non costituitasi in giudizio;

Renato Mario Pescetta, non costituitosi in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 799 del 2022, proposto da Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente *pro tempore*,

Ministero della Difesa e Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, in persona dei rispettivi Ministri pro tempore, rappresentati e difesi ex lege dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliata in Venezia, piazza S. Marco, 63;

*contro*

Comune di Costermano sul Garda, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Baciga e Nicola Luigi Baciga, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dei difensori in Verona, Via A. Sciesa 10;

Provincia di Verona e Regione Veneto, non costituitesi in giudizio;

Pescetta Renato Mario, non costituitosi in giudizio;

*per l'annullamento*

A) quanto al ricorso n. 788 del 2022:

- della deliberazione del Consiglio comunale del Comune di Costermano sul Garda del 9 marzo 2022, n. 3, avente ad oggetto “*Variante n. 11 al Piano degli Interventi del Comune di Costermano sul Garda – Esame e controdeduzioni alle osservazioni pervenute e approvazione definitiva*”, nella parte in cui ha approvato la scheda intervento UT02-C17;

- delle controdeduzioni - parere tecnico e valutazione ambientale del 9 dicembre 2021, prot. n. 16167, con le quali sono state dichiarate non accoglibili le osservazioni presentate dalla parte ricorrente sullo strumento urbanistico adottato;

- della deliberazione del Consiglio comunale del Comune di Costermano sul Garda del 13 agosto 2021, n. 40, avente ad oggetto “*Variante n. 11 al Piano degli Interventi del Comune di Costermano sul Garda – Nuovo esame e Adozione*”;

- di ogni altro atto antecedente o successivo, comunque presupposto, connesso e/o consequenziale.

B) quanto al ricorso n. 799 del 2022:

1) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della variante n. 11 del Piano degli Interventi del Comune di Costermano sul Garda:

a) adottata preliminarmente con deliberazione del Consiglio Comunale del 13 agosto 2021 n. 40 e pubblicata sull'albo pretorio dal 19 agosto 2021 al 18 ottobre 2021, avente ad oggetto: “*Variante n. 11 al Piano degli Interventi del Comune di Costermano sul Garda – Nuovo Esame e Adozione*”;

b) e, in seguito a verifica di assoggettabilità da parte della Commissione VAS della Regione del Veneto ai sensi dell'art. 12 del D.lgs. n. 152 del 2006 e D.G.R. n. 1717 del 2013 pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione Veneto n. 26 del 25 febbraio 2022, approvata con deliberazione del Consiglio Comunale, n. 3 del 9 marzo 2022, pubblicata sull'albo pretorio dal 30 marzo 2022 al 13 aprile 2022, avente ad oggetto: “*Variante n. 11 al Piano degli Interventi del Comune di Costermano sul Garda – esame e controdeduzioni alle osservazioni pervenute e approvazione definitiva*” nella parte in cui prevede la realizzazione dell'intervento UT02-C17, concernente “*l'inserimento di due nuove zone a servizi pubblici (F1/26 + F1/29), destinate alla realizzazione di un centro diurno per anziani, in convenzione con la ULSS 9 e su area di futura acquisizione da parte del Comune*”, coincidente con l'area limitrofa al Cimitero Militare Tedesco di Costermano sul Garda;

nonché, per quanto occorrer possa

- della variante n. 2 al Piano di Assetto del Territorio del Comune di Costermano sul Garda, approvata dal Presidente della Provincia di Verona con Delibera n. 79 del 16 giugno 2016, pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione Veneto n. 63 dell'1 luglio 2016;

nonché per l'annullamento

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, anche non conosciuto, comunque lesivo della posizione giuridica delle Amministrazioni ricorrenti.

2) per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dai ricorrenti il 12 settembre 2022:

- dell'avviso del 6 giugno 2022, con il quale il Comune ha proceduto al deposito della variante n. 11 al piano degli interventi, già impugnata con il ricorso introduttivo;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Costermano sul Garda;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2022 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Nel Comune di Costermano sul Garda è situato un Cimitero Militare Tedesco, la cui disciplina si fonda sull'Accordo internazionale tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Federale di Germania sulle tombe di guerra, sottoscritto a Bonn il 22 dicembre 1955 e ratificato con legge del 12 agosto 1957 n. 801, recante *“Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Federale di Germania sulle tombe di guerra con annessi scambi di Note, concluso in Bonn il 22 dicembre 1955”*.

Nel cimitero sono raccolte oltre 20.000 salme di caduti tedeschi principalmente della seconda guerra mondiale, e solo in piccola parte della prima guerra mondiale, tratte da altri luoghi di sepoltura dell'Italia settentrionale.

L'art. 11 del Trattato demanda la gestione del Cimitero e l'espletamento di tutti i relativi compiti per conto del Governo della Repubblica Federale di Germania, al Volksbund Deutsche Kriegsgraberfuersorge (d'ora in poi VDK), e l'art. 12 dispone che le modalità di esecuzione del Trattato sono regolate direttamente tra VDK e le competenti Autorità italiane.

Il Comune di Costermano sul Garda intende realizzare un centro diurno per anziani ad una distanza inferiore a 200 m dal Cimitero.

A tal fine con deliberazioni consiliari n. 40 del 13 agosto 2021 e n. 3 del 9 marzo 2022, ha adottato ed approvato la variante n. 11 al piano degli interventi, unitamente al testo di un accordo di pianificazione urbanistica recepito ai sensi dell'art. 6 della legge regionale n. 11 del 2004.

VDK nel corso della procedura ha presentato delle osservazioni chiedendo lo stralcio di tale intervento, evidenziando la violazione della fascia di rispetto cimiteriale e il mancato rispetto della disciplina prevista dal Trattato internazionale, che prevede la necessità di una valutazione congiunta tra le parti contraenti, circa l'eventuale impatto negativo che l'intervento urbanistico potrebbe provocare in termini ambientali e della tranquillità dei luoghi.

Il Comune in sede di controdeduzioni ha respinto l'osservazione, richiamandosi a quanto aveva già affermato il Sindaco in un'apposita nota in replica a precedenti rimostranze formulate dal Ministero della Difesa e da VDK, dichiarando di ritenere non più vigente la fascia di rispetto di 200 m prevista dall'art. 338 del R.D. n. 1265 del 1934, perché il sito ha perduto la condizione per essere considerato come cimitero, ed ha acquisito le caratteristiche del sacrario, al quale non si applicano le fasce di rispetto cimiteriale come conseguenza del decorso del termine decennale dall'inumazione dell'ultima salma.

VDK, per conto del Governo Tedesco, con il ricorso r.g. n. 788 del 2022, e la Presidenza del Consiglio Dei Ministri, il Ministero della Difesa ed il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale con il ricorso r.g. n. 799 del 2022, per conto del Governo Italiano, impugnano gli atti di formazione della variante al piano degli interventi deducendone l'illegittimità sotto diversi profili.

VDK con il primo motivo deduce la violazione degli articoli 2, 3, 5 e 12 dell'Accordo ratificato con legge n. 801 del 1957, dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, la carenza di presupposto e di istruttoria, l'illogicità e l'irrazionalità manifeste, nonché l'incompetenza assoluta.

Con questo motivo viene lamentata l'arbitraria qualificazione da parte del Comune del sito come sacrario, senza considerare che, in base agli articoli 2 e 3 dell'Accordo, la determinazione circa la sistemazione a cimitero od a sacrario deve essere *“presa di comune accordo dalle due Parti”*, e il sito nello scambio di lettere in calce all'Accordo è espressamente qualificato come cimitero.

Pertanto, deduce VDK, deve ritenersi illegittima la variante approvata sull'erroneo presupposto che non sia più vigente la fascia di rispetto di inedificabilità di 200 m, conclusione alla quale il Comune perviene per la circostanza che si tratterebbe non più di un cimitero ma di un sacrario, in quanto recentemente sono state ospitate solamente ossa e non salme.

Con il secondo motivo, VDK lamenta la violazione dell'articolo 338, commi 1 e 2, del R.D. n. 1265 del 1934, nonché la carenza di presupposto e di istruttoria, in quanto il mancato rispetto della fascia di inedificabilità di 200 m, si fonda sull'erroneo assunto che siano trascorsi più di dieci anni dal seppellimento dell'ultima salma, circostanza che, ai sensi dell'art. 338, secondo comma, del R.D. n. 1265 del 1934, comporta il venir meno dell'obbligo di applicare più la fascia di rispetto ai cimiteri militari.

Infatti, sottolinea VDK, il sito ospita dal 18 luglio 2013 i resti ossei di militari tedeschi rinvenuti a Verona in Piazzale XXV aprile, e dall'11 dicembre 2019 il corpo di un militare tedesco rinvenuto in San Daniele del Friuli nel marzo 2019, e deve pertanto trovare applicazione la fascia di rispetto.

La ricorrente osserva altresì che il vincolo di inedificabilità della fascia di rispetto è preordinato a tre finalità: la tutela igienico-sanitaria dei cittadini dalle sepolture; l'eventuale esigenza di ingrandire il perimetro cimiteriale; il rispetto della sacralità e della riservatezza dei luoghi di sepoltura.

Se la prima finalità può ritenersi superata, in quanto, essendo passato molto tempo, non sono ravvisabili criticità sotto il profilo igienico sanitario, secondo VDK permane comunque l'esigenza di tutelare la sacralità e la riservatezza dei

luoghi, e l'esigenza di assicurare gli spazi necessari ad un'eventuale ingrandimento del cimitero.

VDK, per confutare la ricostruzione del Comune che considera esclusivamente l'aspetto igienico sanitario qualificando il sito come sacrario per il decorso del termine decennale dalla sepoltura dell'ultima salma, e dimostrare che la disciplina del cimitero militare non è riconducibile alla normativa nazionale di carattere generale in materia cimiteriale, ricorre inoltre ad un argomento di carattere logico.

Ove fosse da considerare solo l'aspetto di carattere igienico sanitario previsto dalla normativa nazionale, il sito di sepoltura di militari caduti in guerra non avrebbe mai potuto essere qualificato come cimitero, dal momento che è stato completato nel 1967, dopo oltre vent'anni dalla fine della seconda guerra mondiale, ed ospita anche dei caduti nella prima guerra mondiale che l'art. 2 del Trattato qualifica ugualmente come "salme".

Con il terzo motivo, VDK deduce la violazione dell'art. 338, quinto comma, del R.D. n. 1265 del 1934, dell'art. 41, comma 4-bis, della legge regionale n. 11 del 2004, dell'art. 8.5 delle norme tecniche di attuazione allegate al piano di assetto del territorio, la carenza di presupposto e di istruttoria, nonché il difetto assoluto di motivazione.

In particolare, VDK lamenta che non è stato dato corso all'obbligo motivazionale imposto dal citato art. 41, comma 4-bis della legge regionale n. 11 del 2004, che ammette la riduzione della zona di rispetto, da effettuare mediante una deroga di volta in volta votata dal Consiglio comunale, per l'attuazione di opere pubbliche e la realizzazione di singoli interventi urbanistici aventi rilevanza pubblica previa tuttavia una "*valutazione dell'interesse pubblico prevalente e della compatibilità degli interventi con le esigenze di tutela relative agli aspetti igienico-sanitari, ambientali, urbanistici e di tranquillità dei luoghi?*".

Nel caso in esame, deduce VDK, tale motivazione è stata del tutto omessa, non vi è stata una valutazione del caso specifico, e si è agito in base ad una prescrizione contenuta nello strumento urbanistico che ha operato una

generalizzata riduzione della fascia di rispetto, senza neppure rilevare che una parte dell'area di intervento, come risulta dalla cartografia, ricade addirittura all'interno della fascia di rispetto di inedificabilità assoluta di 50 m.

VDK con il quarto motivo lamenta la violazione degli articoli 6 e 11 della legge regionale n. 11 del 2004 e dell'articolo 2 del bando pubblico per la selezione delle manifestazioni di interesse dei soggetti privati da inserire nel piano degli interventi, nonché la violazione del giusto procedimento, perché la manifestazione di interesse relativa alla scheda norma n. UT02-C17, in seguito trasfusa nell'accordo di programma approvato con deliberazione di Giunta comunale del 3 agosto 2021, n. 88, è stata depositata presso gli uffici comunali tardivamente e non avrebbe pertanto dovuto essere presa in considerazione (il termine di presentazione delle proposte era fissato alla data del 30 settembre 2019, e la proposta *de qua* è stata prodotta solo in data 20 ottobre 2020).

Per quanto concerne il ricorso r.g. n. 799 del 2022, proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, dal Ministero della Difesa e dal Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, oltre all'atto di approvazione della variante n. 11 al piano degli interventi, è oggetto di impugnazione, seppure in via subordinata, anche la variante n. 2 al piano di assetto del territorio approvata dal Presidente della Provincia di Verona con deliberazione n. 79 del 16 giugno 2016.

Con il primo motivo, le Amministrazioni statali ricorrenti lamentano la violazione degli articoli 2, 3, 5 e 12 del Trattato, degli articoli 10, comma 1, e 117, comma 1, della Costituzione, e l'incompetenza assoluta dell'Ente locale a provvedere nella materia disciplinata dal Trattato.

Con questo motivo si lamenta, in particolare, che la previsione urbanistica oggetto di impugnazione incide direttamente sulle aree soggette ad una particolare tutela di diritto internazionale pattizio, derivante dal Trattato internazionale sulle tombe di guerra. Tale previsione, si sostiene, opera unilateralmente un inammissibile mutamento dello *status* giuridico del sito da cimitero a sacrario, in violazione delle regole pattizie che impongono il

raggiungimento di una previa intesa con l'Ente rappresentativo dello Stato federale tedesco (il VDK), in merito a qualsivoglia decisione concernente la gestione e lo *status* dei luoghi individuati ai fini della sepoltura dei caduti tedeschi.

Ne consegue, secondo le Amministrazioni statali ricorrenti, una violazione di diritti ed obblighi specificamente previsti in capo agli Stati contraenti a pena di responsabilità internazionale, in ragione della vigenza del principio di diritto internazionale consuetudinario *pacta sunt servanda*, ad opera del provvedimento di approvazione della variante al piano degli interventi, nonostante il Comune sia un ente privo di competenza nelle materie oggetto del Trattato, e nonostante la mancanza di qualsiasi forma di concertazione nella fase di approvazione del provvedimento modificativo dello stato dei luoghi, con la controparte necessaria deputata a rappresentare gli interessi del Governo Tedesco.

Con il secondo motivo, viene dedotta la violazione del combinato disposto degli articoli 338, quinto comma, del R.D. n. 1265 del 1934, e 41, comma 1, lett. e), e comma 4 bis, della legge regionale n. 11 del 2004, in quanto il Comune ha ridotto la fascia di rispetto attraverso una variante al piano degli interventi e non attraverso una variante al piano di assetto del territorio, nonché il difetto di istruttoria e di motivazione rispetto agli oneri imposti dalla normativa regionale, la quale demanda solamente al piano di assetto del territorio il potere di riduzione delle fasce di rispetto cimiteriale.

Secondo le Amministrazioni statali ricorrenti, non vi è infatti alcuna previsione nel piano di assetto del territorio che consenta l'esecuzione di un'opera pubblica o di un intervento urbanistico comportante, come nel caso di specie, la costruzione di nuovi edifici, ai sensi dell'art. 338, quinto comma, del R.D. n. 1265 del 1934, ed è stata omessa qualsiasi valutazione circa l'impatto che l'intervento urbanistico potrebbe provocare in termini ambientali, urbanistici e di tranquillità dei luoghi, il che evidenzia un difetto di

istruttoria e di motivazione non colmabile neppure mediante la lettura degli atti endoprocedimentali.

Con il terzo ed ultimo motivo, le Amministrazioni statali ricorrenti lamentano, sotto altro profilo, la violazione dell'art. 338, primo e secondo comma, del R.D. n. 1265 del 1934, per la mancata considerazione che, essendo stato ospitato nel 2019 l'ultimo militare tedesco rinvenuto a San Daniele del Friuli, non si è neppure verificato il presupposto che, ai sensi del secondo comma della norma citata, consente di qualificare un cimitero di guerra come sacrario, ovvero il decorso di 10 anni dal seppellimento dell'ultima salma.

Le Amministrazioni statali ricorrenti hanno altresì presentato motivi aggiunti impugnando l'avviso di avvenuta pubblicazione della variante.

Per comprendere la natura dell'atto impugnato, è necessario premettere che la legge urbanistica regionale 23 aprile 2004, n. 11, all'art. 18, comma 6, prevede che la variante divenga efficace quindici giorni dopo la sua pubblicazione sull'albo pretorio, e che la trasmissione alla Giunta regionale dell'aggiornamento del quadro conoscitivo costituisca una condizione per poter procedere alla pubblicazione della variante.

Il Comune, con apposito atto del 6 giugno 2022, ha dato avviso dell'avvenuta esecuzione di tali adempimenti e del conseguente deposito della variante, comunicando che la stessa sarebbe divenuta efficace decorsi quindici giorni dalla pubblicazione dell'avviso.

Con i motivi aggiunti le Amministrazioni statali ricorrenti hanno impugnato anche tale avviso estendendo le censure già proposte con il ricorso introduttivo.

In entrambi i ricorsi si è costituito il Comune di Costermano sul Garda eccependo in rito l'inammissibilità e la tardività dei ricorsi, e chiedendone la reiezione nel merito.

Con ordinanze n. 660 e n. 661 del 15 luglio 2022, sono state accolte le domande cautelari.

Alla pubblica udienza del 3 novembre 2022, in prossimità della quale le parti hanno depositato memorie a sostegno delle proprie difese, le cause sono state trattenute in decisione.

## DIRITTO

1. Ai sensi dell'art. 70 cod. proc. amm, viene disposta la riunione dei ricorsi per ragioni di connessione oggettiva, in quanto gli stessi implicano la risoluzione di identiche questioni di fatto e di diritto, e parzialmente soggettiva.

2. Preliminarmente devono essere esaminate le eccezioni in rito.

Secondo il Comune di Costermano sul Garda i ricorsi sono inammissibili perché si fondano sull'erroneo presupposto che la realizzazione del centro diurno per anziani sia stata resa possibile per effetto della riduzione della fascia di rispetto cimiteriale da 200 m a 50 m, operata dalla variante al piano degli interventi n. 11.

Il Comune sostiene invece che la riduzione della fascia di rispetto non sia stata disposta dalla variante al piano degli interventi, ma dalla variante n. 2 al piano di assetto del territorio adottata ed approvata nel 2016.

Da tale premessa secondo il Comune discenderebbe l'inammissibilità del ricorso r.g. n. 788 del 2022 proposto da VDK, con il quale è stata impugnata la variante al piano degli interventi, perché un eventuale suo annullamento non soddisferebbe l'interesse fatto valere in giudizio, dato che rimarrebbe comunque valida ed efficace la riduzione della fascia di rispetto disposta dalla variante n. 2 al piano di assetto del territorio divenuta ormai inoppugnabile.

La medesima eccezione è formulata dal Comune di Costermano anche con riguardo al ricorso r.g. 799 del 2022, proposto dalle Amministrazioni statali, con l'ulteriore precisazione che in questo caso deve ritenersi anche tardiva l'impugnazione, formulata in via subordinata, della variante n. 2 al piano degli interventi approvata nel 2016.

2.1 Tali eccezioni non colgono nel segno.

Una corretta ricostruzione dell'effettivo contenuto delle varianti urbanistiche che si sono succedute nel tempo, dimostra non è fondatamente sostenibile che la variante n. 2 al piano di assetto del territorio abbia disposto una riduzione della fascia di rispetto cimiteriale idonea a consentire la realizzazione di nuovi insediamenti urbanistici e la costruzione di nuovi edifici ad una distanza inferiore a 200 m dal cimitero.

2.2 Come è noto l'art. 338 del R.D. n. 1265 del 1934, per effetto delle modifiche allo stesso apportate dall'articolo 28, comma 1, lettera b), della legge 1° agosto 2002, n. 166, ai commi quarto e quinto, prevede due diverse tipologie di deroghe alla fascia di rispetto cimiteriale.

La regola generale prevista dal primo comma del citato art. 338, dispone che i cimiteri devono essere collocati alla distanza di almeno 200 metri dal centro abitato, ed è vietato costruire intorno ai cimiteri nuovi edifici entro il raggio di 200 metri.

La deroga prevista nella prima ipotesi del quarto comma, è consentita per la costruzione di nuovi cimiteri o per l'ampliamento di quelli già esistenti ad una distanza inferiore a 200 metri, purché non oltre il limite di 50 metri, quando ricorrono anche alternativamente le due condizioni previste dalla norma, ossia quando non sia possibile provvedere altrimenti ovvero quando l'impianto cimiteriale sia separato dal centro urbano da strade pubbliche, fiumi, laghi o dislivelli naturali rilevanti, ovvero da ponti o da impianti ferroviari.

In base alla seconda ipotesi del quinto comma, la deroga è consentita allorché si debba dare esecuzione ad un'opera pubblica o all'attuazione di un intervento urbanistico, purché non vi ostino ragioni igienico sanitarie. In questo caso è previsto che il Consiglio comunale possa autorizzare, previo parere favorevole della competente azienda sanitaria locale, la riduzione della zona di rispetto tenendo conto degli elementi ambientali di pregio dell'area, l'ampliamento di edifici preesistenti o la costruzione di nuovi edifici o la realizzazione di parcheggi, attrezzature sportive, locali tecnici e serre.

2.3 Una puntuale ricostruzione del contenuto delle varianti che si sono succedute nel tempo, è compiuta dal Comune di Costermano nella memoria di costituzione depositata in giudizio il 21 giugno 2022 (cfr. le pagine da 9 a 11) e nella memoria depositata in giudizio ai sensi dell'art. 73, cod. proc. amm., il 3 ottobre 2022 (cfr. le pagine da 7 a 14).

Come risulta dalla documentazione versata agli atti, e precisato dallo stesso Comune nelle proprie difese (cfr. il punto 7 di pagina 9 della memoria depositata in giudizio il 3 ottobre 2022), dopo una iniziale riduzione della fascia di rispetto cimiteriale ad opera degli strumenti urbanistici, la stessa è stata riestesa a 200 m con la variante al piano di assetto del territorio n. 1, approvata con deliberazione della Giunta regionale n. 886 del 13 luglio 2015.

La variante n. 2 al piano di assetto al territorio ha effettivamente introdotto una deroga a tale fascia di rispetto.

Tuttavia la deroga, rispetto al Cimitero Militare Tedesco, è stata espressamente limitata alla previsione di cui al quarto comma del citato art. 338, del R.D. n. 1265 del 1934, che si riferisce alla ipotesi della deroga funzionale all'ampliamento del cimitero, e non alla diversa ipotesi del quinto comma relativa a nuovi insediamenti urbanistici.

Infatti l'art. 8.5 delle norme tecniche allegate al piano di assetto del territorio contiene una generica previsione (cfr. doc. 6 depositato in giudizio da VDK), nella parte delle "direttive" prive di effetto immediatamente conformativo e prescrittivo, in cui si afferma che nella tavola 1 sono individuate, oltre ai cimiteri e alle fasce di rispetto, anche le aree *"di riduzione della fascia di rispetto cimiteriali su parere favorevole rilasciato dalla competente Azienda Sanitaria Locale, all'interno delle quali è ammessa l'applicazione del comma 5 dell'art. 338 del RD 1265/1934, nonché l'applicazione dell'art. 4 della LR 4/2015"*.

Si tratta tuttavia di una previsione non rilevante nella fattispecie in esame, in quanto la norma prosegue precisando che *"in tali fasce di riduzione viene applicata la relativa normativa di zona per le aree urbane consolidate esistenti previste dagli strumenti*

*di pianificazione, purché già assoggettate a PUA*”, evenienza quest’ultima che non ricorre nel caso in esame.

Rispetto al Cimitero Tedesco di guerra rilevano invece le previsioni del documento denominato *“relazione di progetto e relazione comparativa”* che costituisce parte integrante della variante n. 2 al piano di assetto del territorio (cfr. doc. 10 depositato in giudizio dal Comune nel ricorso r.g. n. 799 del 2022), in cui a pag. 29, si afferma che *“la riduzione delle fasce di rispetto cimiteriali ad una distanza inferiore a 200 metri è stata effettuata secondo i criteri di cui al comma 4 dell’art. 338 del RD n. 12645 del 27 luglio 1934”* e si riporta testualmente il contenuto del quarto comma della norma citata. La relazione prosegue riproducendo gli estratti planimetrici in scala 1:2000 dei cimiteri con le fasce di rispetto ridotte, e la tavola riguardate il Cimitero Militare Tedesco (alle pagine 35 e seguenti della relazione di progetto), ribadisce nuovamente che *“si è proceduto ad analizzare lo stato di fatto dei luoghi per capire dove poter effettuare la riduzione della fascia di rispetto cimiteriale da 200 metri a 50 metri nei casi previsti dal comma 4 lett. b) dell’art. 338 del RD 1265/1934 e smi”*.

La successiva variante al piano di assetto del territorio n. 3 non ha modificato tali previsioni ed è intervenuta ad integrare solo la parte cartografica.

2.4 Dalla documentazione versata in atti risulta pertanto confermato che nella variante n. 2 al piano di assetto del territorio non vi è alcun riferimento ad una riduzione alla fascia di rispetto cimiteriale ai sensi dell’art. 338, quinto comma, ma solo ai sensi del quarto comma il quale, come sopra visto, riguarda solo le ipotesi di costruzione di nuovi cimiteri o l’ampliamento di quelli già esistenti.

Pertanto non vi è alcun elemento che supporti le eccezioni in rito del Comune relative alla mancata o comunque tardiva impugnazione della variante n. 2 al piano di assetto del territorio. Questa infatti contiene solo previsioni non lesive per le parti ricorrenti, perché favorevoli agli interessi di cui esse sono portatrici, dal momento che introducono una deroga alla fascia di rispetto finalizzata solamente ad un eventuale ampliamento del cimitero, e non necessitano di essere impugate nel giudizio in esame: l’unico provvedimento

autonomamente e direttamente lesivo è infatti costituito dalla variante al piano degli interventi n. 11 che ha consentito la realizzazione di un nuovo insediamento, il centro diurno per anziani, in deroga alle fasce di rispetto cimiteriali.

L'eccezione di inammissibilità o tardività dei ricorsi è pertanto infondata.

2.5 È invece fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti proposto dalle Amministrazioni statali ricorrenti nel ricorso r.g. n. 799 del 2022, per carenza di interesse. Con lo stesso viene infatti impugnato un avviso di pubblicazione privo di autonoma lesività.

2.6 Con un'ulteriore eccezione il Comune sostiene l'inammissibilità per carenza di interesse del solo ricorso r.g. n. 799 del 2022, perché la disciplina del Trattato e quella nazionale in materia di fasce di rispetto cimiteriali riguarderebbero ambiti diversi, privi di interferenze, con la conseguenza che l'azione proposta dal VDK per conto del Governo Tedesco e dalle Amministrazioni statali nazionali, a tutela di profili di rilievo internazionale previsti dall'accordo, non sarebbe supportata da un interesse attuale e concreto.

Anche questa eccezione è priva di fondamento, perché la questione dell'assoggettabilità del Cimitero Tedesco di guerra alla sola normativa nazionale, come sostiene il Comune, o alla normativa prevista dal Trattato, come sostengono le parti ricorrenti, riguarda il merito della controversia, e non le condizioni dell'azione.

Le eccezioni in rito sono pertanto infondate.

3. Nel merito i ricorsi devono essere accolti in ragione della fondatezza delle censure con le quali le parti ricorrenti deducono la violazione della disciplina prevista dal Trattato internazionale, e della legge urbanistica regionale.

Per quanto concerne il primo profilo va evidenziato che il Trattato non individua, né in modo diretto, né mediante un esplicito rinvio alla normativa o a fonti normative nazionali, un ambito di tutela del cimitero puntualmente definito in senso spaziale.

Il Comune da tale circostanza ricava la conseguenza che il Trattato dovrebbe essere interpretato restrittivamente, nel senso di riconoscere allo stesso la limitata funzione di regolare l'individuazione e la gestione delle sole aree destinate alla sepoltura e non delle aree esterne al Cimitero, e di ritenere applicabile per le aree esterne, in base al criterio di interpretazione letterale di cui all'art. 12 delle preleggi, le norme nazionali in materia di fasce cimiteriali di cui all'art. 338, secondo comma, del R.D. n. 1265 del 1934, e dell'art. 274, del D.lgs. n. 15 marzo 2010, n. 66, secondo cui le disposizioni *“relative a una distanza minima di 200 metri dei cimiteri dai centri abitati e in genere da ogni edificio, non si applicano ai cimiteri militari di guerra, quando siano trascorsi dieci anni dal seppellimento dell'ultima salma”*.

Tale prospettazione non è condivisibile.

L'interpretazione di un trattato internazionale deve avvenire secondo i criteri ermeneutici propri dell'ordinamento internazionale, e non secondo i criteri elaborati nell'ambito dell'ordinamento nazionale. L'interprete - sia esso il giudice interno o un'Amministrazione - al fine di evitare che un proprio provvedimento possa costituire una violazione del trattato, è tenuto a seguire le regole interpretative proprie del diritto internazionale e non può attribuire a una norma di derivazione internazionale un significato diverso da quello risultante dalla formula per essa adoperata e dalla comune intenzione degli Stati contraenti.

Il peculiare regime giuridico dei cimiteri di guerra disciplinati da Trattati internazionali, rispetto ai cimiteri di guerra assoggettati solamente a fonti normative interne, è riconosciuta esplicitamente dallo stesso legislatore, il quale, dopo aver previsto in via generale all'art. 274 del D.lgs. n. 66 del 2010 che le disposizioni *“relative a una distanza minima di 200 metri dei cimiteri dai centri abitati e in genere da ogni edificio, non si applicano ai cimiteri militari di guerra, quando siano trascorsi dieci anni dal seppellimento dell'ultima salma”*, all'art. 277, rubricato come *“Salvezza dei Trattati internazionali in materia di cimiteri di guerra”*, dispone che *“Sono fatte salve le leggi di autorizzazione alla ratifica di accordi internazionali,*

*comunque denominati, in materia di cimiteri di guerra stranieri in Italia, o di cimiteri italiani all'estero, e, segnatamente, a titolo esemplificativo: (...) c) la legge 12 agosto 1957, n. 801, relativa ai cimiteri di guerra della Repubblica Federale di Germania in Italia e ai cimiteri di guerra italiani in Germania*”, legge che disciplina il cimitero di guerra di Costermano sul Garda oggetto dei ricorsi.

Nella controversia in esame non si può pertanto non tener conto del Trattato internazionale tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Federale di Germania sulle tombe di guerra, sottoscritto a Bonn il 22 dicembre 1955 e ratificato con legge del 12 agosto 1957 n. 801, che ha come oggetto anche la disciplina del Cimitero di Costermano.

3.2 Il Trattato applicabile al Cimitero di Costermano sul Garda prevede:

- all'art. 2 che *“le salme dei caduti in guerra tedeschi nella Seconda Guerra Mondiale, inumati in Italia, verranno raccolte in appositi cimiteri o sacrari in località che saranno concordate”*;
- all'art. 3, primo comma, che *“il terreno occorrente verrà scelto previa intese tra il Governo della R.F.T. ed il Governo italiano”*;
- all'art. 3, terzo comma, che *“la determinazione circa la sistemazione a cimitero o a sacrario verrà presa di comune accordo dalle due parti”*;
- all'art. 5, primo comma, che *“il Governo Italiano si impegna a cedere al Governo della R.F.T. il libero uso delle aree di terreno sulle quali sorgeranno i cimiteri o sacrari tedeschi, per tale scopo specifico e per tutto il tempo in cui dette aree rimarranno adibite a tale uso. Il Governo italiano garantirà la tutela dei cimiteri e sacrari nonché il diritto permanente di riposo delle salme dei caduti in guerra tedeschi ivi giacenti”*;
- all'art. 5, secondo comma, che *“qualora il Governo italiano ravvisasse la necessità, per urgenti motivi di interesse pubblico, di adibire un'area cimiteriale ad altro uso, metterà a disposizione un altro terreno adatto allo stesso scopo e procederà a sue spese alla traslazione delle salme e ad un'analoga sistemazione del nuovo cimitero. La scelta del nuovo terreno, l'esecuzione delle traslazioni e la sistemazione del nuovo cimitero avverranno previa intese con il Governo della R.F.T.”*;

- all'art. 11 che *“1. Il Governo Italiano acconsente a che il Volksbund Deutsche Kriegsgräberfürsorge assuma, per incarico del governo della R.F.T., l'espletamento dei compiti derivanti dal presente Accordo. Il Governo italiano accorderà al predetto Ente ogni possibile facilitazione. 2. [...] La nomina dei rappresentanti e del personale di tale Ente, che svolgeranno la loro attività in Italia, è soggetta all'approvazione del Governo Italiano”*;
- all'art. 12 che *“le modalità di esecuzione del presente Accordo saranno regolate direttamente dall'Ente tedesco di cui all'art. 11 e le competenti autorità italiane”*;
- all'art. 26 che *“ogni controversia relativa all'interpretazione ed all'applicazione del presente Accordo sarà risolta per via diplomatica”*.

3.3 I Trattati, come è noto, devono essere interpretati con criteri parzialmente diversi da quelli applicabili alla normativa nazionale.

Si tratta di criteri disciplinati dalle norme di cui agli articoli da 31 a 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, ratificata in Italia con legge 12 febbraio 1974, n. 112, che ha codificato, fissandole in un testo scritto, le regole interpretative di natura consuetudinaria che, in ragione del carattere pattizio delle disposizioni oggetto di negoziazione tra le parti contraenti, trovano per certi versi il loro termine di raffronto più nell'art. 1362 cod. civ., sui criteri di interpretazione dei contratti, che nell'art. 12 delle Preleggi, relativo ai criteri di interpretazione della legge.

L'art. 31 della Convenzione di Vienna stabilisce che un trattato debba *“essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo”* e che deve tenersi conto, oltre che del contesto *“a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute; b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato; c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti”*.

Nel caso all'esame il Trattato stipulato con la Germania per la disciplina del Cimitero di guerra di Costermano riporta numerose espressioni, sopra richiamate, dalle quali, alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato

medesimo, si desume che lo Stato italiano si è impegnato innanzitutto a rispettare un vincolo di natura procedurale, comprendente delle garanzie di concertazione volte ad accertare, a salvaguardia delle esigenze di tutela del sito, la compatibilità di eventuali iniziative di carattere edilizio ed urbanistico, al fine di evitare interventi suscettibili di recare nocumento al diritto permanente al riposo dei caduti, declinabile in termini di tutela del sito, della sua tranquillità e del suo decoro (lo stesso Comune di Costermano sul Garda ha rispettato questo vincolo nell'anno 2015, in occasione di interventi urbanistici volti a valorizzare il sito mediante la realizzazione di un parco, di un museo e di un ostello della gioventù ad una distanza inferiore a 200 m dal Cimitero).

Si tratta evidentemente di un tipo di tutela che può essere realizzata solamente ritenendola estesa anche alle aree esterne, e che è possibile riferire - dato che vi è un richiamo espresso alla qualificazione del sito come "cimitero" - alla distanza di 200 m prevista dalla normativa nazionale in via generale a tutela delle aree cimiteriali, e che, proprio perché trova la propria fonte normativa nel Trattato che l'ha in questo modo "cristallizzata", non può ritenersi sottoposta alla disciplina nazionale sulle deroghe alle fasce di rispetto cimiteriali e alla libera volontà pianificatoria di carattere discrezionale del Comune, derogabile solo a condizione di un accordo o di un'intesa tra le parti contraenti del Trattato.

Infatti nel Trattato la qualificazione giuridica delle aree in termini di "*cimitero o sacrario*", a cui in via ordinaria è connessa la presenza o meno di fasce di rispetto, così come l'eventuale ridestinazione ad altro uso delle aree originariamente individuate, ammissibile solo ove sorretta da "urgenti motivi di interesse pubblico", è riservata all'intesa tra le parti contraenti, e lo Stato Italiano ha assunto l'obbligo di garantire in senso ampio la tutela del "*diritto permanente di riposo delle salme dei caduti*".

3.4 Che tali disposizioni debbano essere interpretate alla luce dell'oggetto e dello scopo del Trattato, nel senso estensivo appena prospettato, lo si desume

dalla circostanza che in questa sede i ricorsi avverso gli atti del Comune sono stati proposti da entrambe le parti contraenti - la VDK per conto del Governo Tedesco, e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero della Difesa e il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale per il Governo italiano - che attribuiscono alle norme il medesimo significato, dando luogo ad una prassi che denota l'esistenza di un accordo relativamente all'interpretazione del Trattato.

Per definire la portata delle norme giuridiche poste mediante accordi internazionali è necessario accertare anche la volontà delle parti, onde stabilire la fattispecie regolata e la conseguente applicabilità concreta della norma internazionale, non potendosi ritenersi consentito dare a una norma di derivazione internazionale un significato diverso da quello risultante dalla formula per essa adoperata e dalla comune intenzione degli Stati contraenti. Infatti, alla luce del canone di cui all'art. 31, comma 3, lett. b), è comunque necessario tenere in conto, ai fini interpretativi, *“di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato”*, secondo un principio che valorizza in modo decisivo l'interpretazione offerta dalle parti contraenti chiamate a vivificare il contenuto dell'accordo internazionale (cfr. Cass. Civ., Sez. trib., 15 marzo 2013, n. 6632, punto 12.7 in diritto).

La giurisprudenza non ha mancato di puntualizzare l'inidoneità di un'interpretazione restrittiva meramente letterale dei Trattati, osservando che *“nell'interpretazione di una convenzione internazionale non è sufficiente fermarsi al significato letterale delle parole, ma occorre spingere più a fondo l'indagine e, soprattutto, coordinare la norma che si vuole interpretare con quelle di altre convenzioni vincolanti le stesse parti ed aventi il medesimo oggetto; un'interpretazione strettamente letterale mal si concilia infatti con il carattere proprio di una convenzione internazionale il cui testo, per tenere conto delle esigenze di ordinamenti e istituti diversi e per essere spesso frutto di patteggiamenti e compromessi, è improntato ad una tecnica redazionale meno rigorosa propria delle norme interne”* (Cassazione civ., Sez. I, 22 marzo 1984, n. 1920).

Sulla base di tali premesse, non potendosi accedere all'interpretazione restrittiva propugnata dal Comune circa la non applicabilità nelle aree esterne al Cimitero in esame delle norme previste dal Trattato e circa l'applicabilità delle sole norme nazionali che escludono la configurabilità delle fasce di rispetto con riguardo ai cimiteri di guerra qualificati come sacrali a seguito del decorso del termine decennale dall'inumazione dell'ultima salma, si rivelano fondate le censure proposte con il primo motivo di entrambi i ricorsi, con le quali le parti ricorrenti lamentano l'illegittimità, per violazione del Trattato, della variante n. 11 al piano degli interventi che consente la realizzazione di un centro diurno per anziani alla distanza di circa 50 m dal cimitero, approvata senza svolgere alcuna attività concertativa e senza acquisire un assenso o un'intesa con VDK.

4. Parimenti fondate sono anche le censure proposte con il terzo motivo del ricorso r.g. n. 788 del 2022 proposto da VDK, e con il secondo motivo proposto dalle Amministrazioni statali con il ricorso r.g. n. 799 del 2022, con le quali le parti ricorrenti lamentano la violazione della disciplina urbanistica.

Infatti, come sopra visto in occasione dell'esame delle eccezioni in rito, la variante n. 2 al piano di assetto del territorio si era limitata a prevedere una deroga alle fasce di rispetto cimiteriali espressamente solo ai sensi dell'art. 338, quarto comma, del R.D. n. 1265 del 1934, che si riferisce alla realizzazione di nuovi cimiteri o all'ampliamento di quelli esistenti, e non all'insediamento di interventi urbanistici previsti dal quinto comma della medesima norma.

Ne discende che il Comune di Costermano sul Garda ha introdotto per la prima volta con la variante n. 11 al piano degli interventi una previsione volta alla realizzazione di nuovi edifici in deroga alla fascia di rispetto cimiteriale, contravvenendo all'art. 41, comma 1, lett. e), della legge regionale n. 11 del 2004, che riserva al piano di assetto del territorio e non al piano degli interventi l'individuazione delle fasce di rispetto cimiteriali.

Risulta altresì violato anche il comma 4 bis del medesimo articolo, il quale prevede che la riduzione della fascia di rispetto ai sensi dell'articolo 338,

quinto comma, del R.D. n. 1265 del 1938, possa essere consentita solo previa valutazione dell'interesse pubblico prevalente e della compatibilità degli interventi con le esigenze di tutela relative agli aspetti igienico-sanitari, ambientali, urbanistici e di tranquillità dei luoghi, valutazioni queste che dalla documentazione versata in atti non risultano essere state effettuate.

In definitiva il ricorso deve essere accolto.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), previa riunione, definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, dichiara l'inammissibilità dei motivi aggiunti proposti nel ricorso r.g. n. 799 del 2022, per il resto li accoglie e, per l'effetto, annulla, nei limiti di interesse delle parti ricorrenti, la deliberazione consiliare 9 marzo 2022, n. 3, con la quale è stata approvata la variante n. 11 al piano degli interventi.

Condanna il Comune di Costermano sul Garda alla rifusione delle spese di giudizio in favore delle parti ricorrenti, liquidandole nell'importo di € 2.500,00 per ciascun ricorso a titolo di competenze e spese oltre, se dovuti, ad iva e cpa.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere, Estensore

Nicola Bardino, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Stefano Mielli**

**IL PRESIDENTE**  
**Maddalena Filippi**

## IL SEGRETARIO