

**Pubblicato il 30/04/2020**

**Sent. n. 527/2020**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1272 del 2018, proposto da [omissis], rappresentato e difeso dall'avvocato Vittorio Chierroni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via de' Rondinelli 2; contro

Comune di Gaiole in Chianti, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marcello Cecchetti e Matteo Cutrera, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Firenze, via di Santo Spirito 29;

per l'annullamento

del "parere di fattibilità" con il quale si è negata la possibilità di realizzazione di una piscina pertinenziale a servizio dell'edificio di civile abitazione sito in [omissis], reso in data [omissis], prot. n. [omissis] dal Responsabile dell'Ufficio Edilizia Privata ed Urbanistica del Comune di Gaiole in Chianti, nonché di ogni altro atto e/o provvedimento allo stesso comunque connesso, presupposto e/o collegato ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Gaiole in Chianti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2020 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. Il signor [omissis], proprietario in Gaiole in Chianti di un'abitazione ricadente in zona agricola e in fascia di rispetto cimiteriale, espone di aver chiesto alle amministrazioni competenti un parere relativo alla fattibilità di una piscina pertinenziale a servizio del proprio immobile.

Alla richiesta, presentata il [omissis], è seguito il parere dell'Azienda U.S.L. Toscana Est, favorevole se pure subordinato all'esecuzione di alcuni accertamenti tecnici e alla presentazione di documenti integrativi.

Il Comune di Gaiole in Chianti, al contrario, con atto del 23 giugno 2018 si è espresso negativamente in ragione del vincolo cimiteriale gravante sull'area interessata dall'intervento.

Il parere comunale è impugnato dal signor Cuneo, il quale ne chiede l'annullamento sulla scorta di tre motivi in diritto.

1.1. Si è costituito in giudizio il Comune di Gaiole in Chianti, che resiste al gravame.

1.2. La causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 4 marzo 2020, preceduta dallo scambio fra le parti di memorie difensive e repliche ai sensi dell'art. 73 c.p.a..

2. Come riferito in narrativa, la controversia origina dall'impugnazione proposta dal signor Riccardo Cuneo avverso il parere, negativo, reso il 23 giugno 2018 dal Comune di Gaiole in Chianti circa la possibilità di realizzare una piscina pertinenziale dell'abitazione di sua proprietà.

In via pregiudiziale, l'amministrazione resistente eccepisce l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse. L'atto impugnato sarebbe infatti sprovvisto di lesività concreta e attuale, essendo unicamente volto a fornire all'interessato un'indicazione preventiva in ordine alla fattibilità di un determinato intervento, senza per questo equivalere a diniego di titolo abilitativo.

Replica il ricorrente che il parere rappresenterebbe invece uno dei possibili tipi di provvedimento tipizzati dal legislatore in materia edilizia, e, segnatamente, dall'art. 1 co. 3 del d.lgs. n. 222/2016.

L'eccezione è fondata.

L'art. 1 co. 3 del d.lgs. n. 222/2016 prevede che *“Le amministrazioni procedenti forniscono gratuitamente la necessaria attività di consulenza funzionale all'istruttoria agli interessati in relazione alle attività elencate nella tabella A [comprendente dell'attività edilizia, n.d.r.], fatto salvo il pagamento dei soli diritti di segreteria previsti dalla legge”*.

Alla luce del chiaro tenore testuale della disposizione, deve convenirsi con il ricorrente a proposito dell'esistenza di un vero e proprio obbligo delle amministrazioni coinvolte di fornire agli interessati la propria attività di consulenza. L'obbligatorietà della consulenza non ne modifica tuttavia la natura, che rimane pur sempre quella di una manifestazione di giudizio, come tale mancante di contenuto volitivo e provvedimentale.

Rispetto al tradizionale modello di attività consultiva, che viene prestata dagli organi a ciò deputati su richiesta di altre amministrazioni ed è, dunque, funzionale all'adozione di una scelta amministrativa, quella disciplinata dall'art. 1 co. 3 cit. è indirizzata da un'amministrazione procedente in favore del soggetto privato che ne faccia richiesta in vista del possibile avvio di un'attività parimenti privata. La previsione si colloca nell'ottica di servizio del cittadino e di un'azione amministrativa non solo partecipata, ma auspicabilmente collaborativa e condivisa, quando non consensuale, che vorrebbe essere alla base dell'intera riforma avviata con la nota legge n. 124/2015, della quale il d.lgs. n. 222/2016 rappresenta un tassello.

La norma in esame risponde, in buona sostanza, all'esigenza di orientare le scelte dei privati attraverso la conoscenza preventiva delle valutazioni dell'amministrazione procedente circa la possibilità di realizzare una determinata iniziativa con determinate modalità. La richiesta della consulenza gratuita all'amministrazione procedente non equivale, tuttavia, a richiesta del titolo abilitativo eventualmente occorrente per l'avvio dell'attività, così come il parere favorevole o sfavorevole dell'amministrazione non equivale, rispettivamente, a rilascio o diniego del titolo stesso; e se è vero che, alla luce del testo normativo, la prestazione della consulenza è obbligatoria, deve escludersi che il parere sia vincolante, di modo che esso neppure comporta un arresto procedimentale lesivo a carico del richiedente.

In altri termini, per quanto prevedibile possa apparire che la determinazione assunta dall'amministrazione procedente sull'istanza di rilascio del titolo abilitativo coincida con quello del parere preventivamente rilasciato, la mancata coincidenza – in positivo o in negativo – costituisce un evento del tutto fisiologico anche in mancanza di modifiche apportate dal richiedente ai contenuti della propria iniziativa, quale frutto di un sempre possibile ripensamento da parte dell'amministrazione procedente (indotto, se del caso, dalle sollecitazioni dell'interessato o di ipotetici controinteressati, ovvero da un mutamento della situazione di fatto o di diritto).

Ne discende che al “parere di fattibilità” qui impugnato non può riconoscersi il carattere pregiudizievole attribuitogli dal ricorrente, il che implica inevitabilmente l'assenza di interesse al suo annullamento.

3. Il ricorso è, in ogni caso, infondato anche nel merito.

Con i tre motivi di impugnazione, in estrema sintesi, si afferma che:

- la piscina voluta dal ricorrente avrebbe natura pertinenziale e, in quanto sprovvista di autonomia sotto il profilo funzionale e urbanistico, potrebbe godere della deroga sancita dall'ultimo comma dell'art. 338 R.D. n. 1265/2934;

- l'intervento di realizzazione della piscina sarebbe comunque riconducibile all'alveo della ristrutturazione edilizia, parimenti ammissibile all'interno della fascia di rispetto cimiteriale ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 338 cit.;

- la piscina in questione sarebbe da realizzarsi in un'area assolutamente non visibile dal luogo di sepoltura e ubicata da esso a distanza ben superiore rispetto a quella degli edifici preesistenti. A separare completamente il cimitero all'area interessata dall'intervento concorrerebbero altresì l'interposizione di una strada pubblica e di due significativi dislivelli naturali. Tali elementi varrebbero a sottolineare la piena compatibilità dell'intervento rispetto alle finalità di tutela alle quali è preordinata la disciplina del vincolo cimiteriale, tenuto conto del fatto che le esigenze di natura igienico-sanitaria sarebbero state favorevolmente vagliate dalla competente Azienda sanitaria.

In senso contrario, non può che richiamarsi il consolidatissimo indirizzo giurisprudenziale – condiviso dalla Sezione – secondo cui il vincolo imposto dall'art. 338 R.D. n. 1265/1934 (e dall'art. 57 d.P.R. n. 285/1990) determina una situazione di inedificabilità *ex lege* che integra le previsioni degli strumenti urbanistici locali o si impone ad essi, operando come limite legale nei confronti delle previsioni eventualmente incompatibili che vi siano contenute.

Il vincolo ha carattere assoluto e non consente l'allocazione di edifici o costruzioni di alcun genere all'interno della fascia di rispetto, a tutela dei molteplici interessi pubblici cui quest'ultima presiede e che vanno dalle esigenze di natura igienico sanitaria, alla salvaguardia della peculiare sacralità dei luoghi destinati alla inumazione e alla sepoltura, al mantenimento di un'area di possibile espansione della cinta cimiteriale. A escludere l'inedificabilità non rilevano la tipologia del fabbricato o la natura pertinenziale della costruzione, e gli unici interventi assentibili all'interno della fascia di rispetto sono quelli indicati dal settimo comma dell'art. 338 cit. sugli edifici esistenti, con il limite della funzionalità all'utilizzo degli edifici stessi (fra le moltissime, cfr. Cons. Stato sez. IV, 23 aprile 2018, n. 2407; id., sez. VI, 27 febbraio 2018, n. 1164; id., sez. VI, 6 ottobre 2017, n. 4656; id., sez. V, 18 gennaio 2017, n. 205; T.A.R. Toscana, sez. III, 22 febbraio 2019, n. 284; id., 22 ottobre 2018, n. 1351; id., 2 febbraio 2015, n. 183; id., 12 novembre 2013, n. 1553; id., 12 luglio 2010, n. 2446; id., 11 giugno 2010, n. 1815).

Con specifico riguardo alla deroga sancita dall'ultimo comma dell'art. 338, è appena il caso di aggiungere che la realizzazione di una piscina non può dirsi “funzionale” all'utilizzo dell'edificio esistente nel senso voluto dal legislatore, che allude agli interventi volti a impedire il degrado e, a lungo andare, l'abbandono degli edifici ricadenti nelle fasce di rispetto, e pertanto non può venire esteso alla realizzazione di impianti o manufatti esterni non necessari per la funzionalità dell'immobile, ma unicamente volti a renderne più godibile la fruizione.

Il tentativo del ricorrente di ricondurre l'intervento nell'ambito della ristrutturazione edilizia si scontra, a sua volta, con il chiaro disposto degli artt. 134 e 135 della legge regionale toscana n. 65/2014, che da un lato equiparano a tutti gli effetti le piscine, anche pertinenziali, alle nuove costruzioni quanto all'incidenza sulle risorse essenziali del territorio e, di conseguenza, quanto al regime autorizzativo (l'equiparazione procedimentale e la comune sottoposizione al permesso di costruire si giustificano, appunto, in ragione dell'analogia sostanziale degli interventi ai fini dell'impatto urbanistico-territoriale); e, dall'altro, tengono comunque ben distinta sul piano classificatorio la ristrutturazione edilizia dagli interventi comportanti la realizzazione di volumetrie aggiuntive all'interno del resede di riferimento o in aderenza all'edificio principale, ancorché non qualificabili come nuove costruzioni.

Si aggiunga che l'art. 4-*quinquies* delle norme tecniche di attuazione del regolamento urbanistico di Gaiole in Chianti definisce la realizzazione di piscine e di altre opere autonome a corredo degli edifici in territorio rurale come interventi di trasformazione incidenti sulle risorse essenziali del territorio, riecheggiando la definizione di “nuova costruzione” dettata dal legislatore regionale e, perciò, valendo a qualificarli come tali ai sensi dell'art. 3 co. 1 lett. e.6) dell'art. 3 d.P.R. n. 380/2001 (che

rimette agli strumenti urbanistici locali la possibilità di qualificare come nuove costruzioni gli interventi pertinenziali, in relazione alla zonizzazione e al pregio ambientale delle aree di riferimento).

Va escluso infine che, a fronte dell'insistenza delle opere all'interno della fascia di rispetto cimiteriale, in capo l'amministrazione procedente residuino spazi valutativi in ordine alla compatibilità dell'intervento con i beni-interessi tutelati dal vincolo di inedificabilità. Gli unici margini di discrezionalità riconosciuti dalla norma competono, infatti, al consiglio comunale e riguardano l'ampiezza della fascia di rispetto.

4. In forza delle considerazioni esposte, il ricorso non può trovare accoglimento.

4.1. Le spese di lite seguono la soccombenza del ricorrente e sono liquidate come in dispositivo.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, dichiara il ricorso inammissibile per difetto di interesse e comunque lo respinge, nei sensi di cui in motivazione.

Condanna il ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 3.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2020 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE

Saverio Romano

IL SEGRETARIO