

Pubblicato il 06/09/2021

Sent. n. 1157/2021

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 1400 del 2017, proposto da [omissis], rappresentati e difesi dagli avvocati Duccio Bari e Luca Casagni Lippi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luca Casagni Lippi in Firenze, viale S. Lavagnini, 42;

contro

Comune di Monteriggioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fausto Falorni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via de' Pucci n. 4;

sul ricorso numero di registro generale 1401 del 2017, proposto da [omissis], rappresentati e difesi dagli avvocati Duccio Bari e Luca Casagni Lippi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luca Casagni Lippi in Firenze, viale S. Lavagnini, 42;

contro

Comune di Monteriggioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fausto Falorni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fausto Falorni in Firenze, via de' Pucci n. 4;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1400 del 2017:

- del provvedimento prot. n. [omissis], con cui il Responsabile dell'Area Assetto del Territorio e Attività Produttive del Comune di Monteriggioni ha comunicato la determinazione di diniego all'istanza di rilascio di Permesso di Costruire di cui alla pratica n. [omissis];
- del parere negativo espresso dalla Commissione Edilizia in merito all'istanza presentata in data [omissis] di cui alla comunicazione inviata ai ricorrenti in data [omissis] dal Responsabile del Servizio Assetto del Territorio ed Attività Produttive del Comune di Monteriggioni;
- di ogni ulteriore atto e/o provvedimento comunque connesso, presupposto e conseguente ancorché di estremi e contenuto non conosciuti ai ricorrenti;

e per l'accertamento della responsabilità e la condanna dell'Amministrazione convenuta al risarcimento dei danni patiti e *patiendi* dai ricorrenti in ragione dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati e della condotta colposa dell'Amministrazione comunale;

quanto al ricorso n. 1401 del 2017, per l'annullamento:

- *in parte qua*, della deliberazione di Consiglio Comunale del Comune di Monteriggioni n. 62 del 31 luglio 2017, pubblicata sul B.U.R.T del 23 agosto 2017 n. 34, con la quale è stata adottata la Variante semplificata ai sensi dell'art. 30, comma 2 della L.R.T. n. 65/2014 e s.m.i. per le modifiche agli articoli

delle N.T.A. del R.U. vigente relativi al territorio urbanizzato e per l'adeguamento alla disciplina paesaggistica degli strumenti della pianificazione territoriale ("Variante normativa");
- di ogni ulteriore atto e/o provvedimento comunque connesso, presupposto e conseguente ancorché di estremi e contenuto non conosciuti ai ricorrenti.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Monteriggioni;

Visti tutti gli atti delle cause;

Relatore la dott.ssa Silvia De Felice nell'udienza pubblica del giorno 30 giugno 2021, svoltasi in videoconferenza secondo quanto disposto dall'art. 4, comma 1, D.L. 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla Legge 25 giugno 2020, n. 70, per come richiamato dall'art. 25, D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176, e s.m.i., e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. In data [omissis], i ricorrenti - comproprietari di un terreno posto in Monteriggioni, località [omissis], individuato nello strumento urbanistico del Comune come [omissis] - hanno presentato al Comune istanza per il rilascio di un permesso di costruire per la realizzazione di cinque unità ad uso abitativo con i relativi garages.

La commissione edilizia comunale ha espresso parere negativo, rilevando che l'intervento ricade in area soggetta a vincolo cimiteriale, in quanto tale inedificabile ai sensi dell'art. 338 del r.d. n. 1265 del 27 luglio 1934, così come modificato dall'art. 28, comma 1 della l. n. 166 dell'1 agosto 2002.

Recepite le osservazioni procedurali dei ricorrenti, il Comune ha respinto la richiesta di permesso di costruire, con provvedimento n. prot. [omissis], comunicato al sig. [omissis] in data [omissis] (cfr. doc. 4 del Comune).

2. Avverso detto provvedimento sono insorti i ricorrenti, proponendo il ricorso n. R.G. 1400/2017.

2.1. Con un unico ed articolato motivo i ricorrenti hanno dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 338 del r.d. n. 1265/1934 e dell'art. 42 delle N.T.A. del regolamento urbanistico comunale, oltre all'eccesso di potere per difetto dei presupposti, difetto di istruttoria e illogicità manifesta, e alla violazione del principio di affidamento dei privati.

Ed invero, l'impugnato diniego, che si fonda solo sulla presenza del vincolo cimiteriale, non terrebbe in considerazione né l'effettivo stato dell'area - caratterizzato da intensa edificazione ed urbanizzazione - né della riduzione a soli 50 metri della fascia di rispetto cimiteriale introdotta dall'art. 42 delle N.T.A. del regolamento urbanistico per il cimitero di Uopini, nell'esercizio del potere di deroga espressamente attribuito ai Comuni dall'art. 338, comma 5 del r.d. n. 1265/1934.

La decisione del Comune, peraltro, sarebbe discriminatoria - posto che in molte altre occasioni sono stati rilasciati i titoli edilizi per l'edificazione a distanza inferiore a 200 metri dal cimitero di Uopini - e violerebbe il legittimo affidamento dei ricorrenti circa la possibilità di edificare sul terreno di proprietà, come previsto dal piano strutturale e dal regolamento urbanistico.

2.2. I ricorrenti hanno chiesto perciò l'annullamento degli atti impugnati e la condanna del Comune al risarcimento del danno, deducendo la negligente, contraddittoria ed erronea interpretazione delle norme di legge e delle previsioni urbanistiche vigenti adottata dall'Amministrazione per negare la possibilità di edificare sull'area di proprietà dei ricorrenti, in contrasto con le precedenti previsioni urbanistiche e il precedente operato.

3. Nel frattempo, il Comune di Monteriggioni, con delibera del consiglio comunale n. 62 del 31 luglio 2017, ha adottato una variante semplificata normativa ex art. 30 della L.R.T. n. 65/2014, introducendo modifiche alle N.T.A. del regolamento urbanistico vigente per il territorio urbanizzato.

Per effetto di tale variante, per quanto qui interessa, il lotto [omissis] di proprietà dei ricorrenti è stato privato della preesistente capacità edificatoria, proprio per la presenza del vincolo cimiteriale, ed è

stata prevista una fascia di rispetto di 200 metri per tutti i cimiteri dell'area, compreso quello di Uopini.

4. L'atto di adozione della nuova pianificazione urbanistica è stato impugnato dai ricorrenti, *in parte qua*, con il ricorso rubricato al n. R.G. 1401/2017.

4.1. Con il primo motivo i ricorrenti hanno dedotto, nuovamente, la violazione e falsa applicazione dell'art. 338 del r.d. n. 1265/1934 e dell'art. 42 delle N.T.A. del regolamento urbanistico comunale, oltre all'eccesso di potere per difetto dei presupposti, difetto di motivazione, difetto di istruttoria e illogicità manifesta.

Invero, la delibera con la quale è stata modificata la prescrizione delle N.T.A. del regolamento urbanistico relativa alla capacità edificatoria del lotto TU23, di proprietà dei ricorrenti, si porrebbe in contrasto con la normativa di cui la stessa Amministrazione comunale si è dotata in materia di vincolo cimiteriale, ovvero con l'art. 42 delle medesime N.T.A. che - quale espressione del potere di deroga attribuito al Consiglio comunale dall'art. 338, comma 5 del r.d. n. 1265/1934 - per il comparto di Uopini ha limitato l'estensione del vincolo cimiteriale a soli 50 metri dall'impianto.

Secondo parte ricorrente, peraltro, il Comune non avrebbe potuto modificare la previsione che ha ridotto il vincolo cimiteriale a soli 50 metri mediante un atto di pianificazione urbanistica.

4.2. Con il secondo motivo i ricorrenti deducono la violazione dei principi in materia di pianificazione urbanistica, di affidamento dei privati, del giusto procedimento, oltre all'eccesso di potere per illogicità manifesta, erroneità, difetto dei presupposti, di motivazione e di istruttoria.

La variante impugnata, infatti, non avrebbe carattere generale, ma interesserebbe esclusivamente una parte del territorio comunale e inciderebbe in modo diretto solo su specifiche aree, come quella dei ricorrenti; per tale motivo, il Comune avrebbe dovuto accompagnare la propria deliberazione con una motivazione specifica ed analitica, indicando, in particolare, gli interessi pubblici perseguiti grazie alla riespansione della fascia di rispetto da 50 metri a 200 metri.

Nel caso di specie, invece, il Comune avrebbe operato una scelta meramente urbanistica, senza alcuna specifica valutazione in ordine al vincolo cimiteriale in sé e contraddicendo la propria precedente scelta di ridurre la fascia di rispetto per il cimitero di Uopini, senza indicarne le ragioni.

La determinazione assunta dall'Amministrazione comunale, peraltro, sarebbe irragionevole e violerebbe il legittimo affidamento dei ricorrenti in ordine alla natura edificabile del proprio terreno, riconosciuta per lungo tempo dagli strumenti urbanistici precedenti.

5. Si è costituito in giudizio il Comune per resistere ad entrambi i ricorsi, in rito e nel merito.

5.1. In via preliminare, il Comune ha eccepito:

- l'irricevibilità di entrambi i ricorsi per tardività della notifica;
- l'inammissibilità di entrambi i ricorsi, nella parte in cui sono stati promossi dai sigg.ri [omissis], privi di legittimazione attiva ed interesse, per non essere tra i soggetti che hanno richiesto il rilascio del permesso di costruire;
- l'inammissibilità del ricorso n. R.G. 1400/2017 proposto avverso il diniego di rilascio del permesso di costruire, perché i ricorrenti non avrebbero mosso alcuna contestazione all'ulteriore ed autonoma ragione posta a fondamento del rigetto, costituita dalla carenza di documentazione essenziale;
- l'inammissibilità del ricorso n. R.G. 1401/2017, per carenza di interesse, posto che l'impossibilità di edificare sull'area di proprietà dei ricorrenti discenderebbe direttamente dall'art. 338 del r.d. n. 1265/1934 e non dalla variante impugnata.

5.2. Nel merito, il Comune ha chiesto il rigetto del ricorso, sostenendo, in estrema sintesi, che il vincolo cimiteriale di cui all'art. 338 del citato r.d. n. 1265/1934 avrebbe carattere assoluto, prevarrebbe su eventuali previsioni urbanistiche difformi e ammetterebbe deroghe solo per la realizzazione di interventi di natura pubblica.

5.3. In vista dell'udienza di discussione le parti si sono scambiate memorie conclusionali e di replica.

6. All'esito dell'udienza pubblica del 30 giugno 2021, sentite le parti mediante collegamento da remoto, come precisato a verbale, entrambe le cause sono state tratteneute per la decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi nn. R.G. 1400/2017 e 1401/2017, in ragione della loro connessione oggettiva e soggettiva.

2. L'infondatezza delle censure formulate con i due gravami, che possono essere esaminate congiuntamente, esime il Collegio dal prendere posizione in ordine alle eccezioni preliminari sollevate dal Comune resistente.

3. Giova innanzi tutto ricordare che, per consolidato insegnamento giurisprudenziale, il vincolo previsto dall'art. 338 del r.d. n. 1256/1934 determina una situazione di inedificabilità *ex lege* ed integra una limitazione legale della proprietà a carattere assoluto e con efficacia direttamente conformativa che opera di per sé, indipendentemente dal suo recepimento negli strumenti urbanistici, i quali non sono idonei, proprio per la loro natura, ad incidere sulla sua esistenza o sui suoi limiti.

Tale vincolo, peraltro, si impone alla pianificazione comunale, anche modificando eventuali previsioni contrastanti contenute negli strumenti urbanistici (cfr., tra le tante, T.A.R. Toscana, sez. III, 31 dicembre 2020, n. 1763; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 12 agosto 2019, n. 1140).

Dispone inoltre l'art. 338, comma 5 del r.d. n. 1265/1934, come sostituito dalla l. n. 166/2002, che *"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"*.

Orbene, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, proprio anche di questa Sezione, i molteplici interessi pubblici sottesi all'imposizione di tale vincolo - costituiti da esigenze di natura igienico-sanitaria, di tutela della sacralità dei luoghi e di mantenimento di un'area di possibile espansione della cinta cimiteriale - consentono all'ente locale, nell'esercizio del proprio potere pianificatorio, di ridurre la fascia di rispetto solo per la realizzazione di opere di interesse pubblico.

Ed invero, *"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 nel quinto comma dell'art. 338, norma eccezionale e di stretta interpretazione che non presidia interessi privati e opera in relazione a specifiche domande edificatorie, nel senso che l'autorizzazione eventualmente rilasciata è frutto di una valutazione caso per caso e non può mai costituire la base legale di un'autorizzazione a costruire in futuro nella fascia di rispetto (cfr. Cons. Stato, IV, n. 4656/2017, cit., e i precedenti ivi richiamati)"* (cfr. T.A.R. Toscana, sez. III, 8 luglio 2019, n. 1045).

Alla luce di tali considerazioni, la deliberazione n. 62 del 31 luglio 2017 - con la quale è stata adottata la variante che ha escluso l'edificabilità del lotto [omissis] di proprietà dei ricorrenti e ha eliminato la previsione di una fascia di rispetto ridotta per il cimitero di Uopini, di cui all'art. 42 delle N.T.A. del regolamento urbanistico, individuando quindi una sola fascia di 200 metri per tutti i cimiteri dell'area - ha dato doverosa attuazione al vincolo previsto dall'art. 338 cit., già operante *ex lege*, assicurando così la piena tutela degli interessi collettivi sottesi a tale disposizione (cfr. docc. 17, 18 e 19 del Comune).

E ciò costituisce di per sé motivazione adeguata e sufficiente, sia della deliberazione di adozione della variante, sia del provvedimento di diniego dell'istanza di rilascio del permesso di costruire.

Il Comune, pertanto, nel legittimo esercizio dei propri poteri di pianificazione, mediante deliberazione del consiglio comunale, ha modificato le disposizioni del regolamento urbanistico in contrasto con l'art. 338 del r.d. n. 1265/1934, eliminando - in particolare - la previsione generale di una fascia di rispetto cimiteriale ridotta a 50 metri, non riconducibile alla realizzazione di specifici interventi di rilevanza pubblica.

D'altra parte, proprio la natura assoluta del vincolo di inedificabilità imposto dall'art. 338 del r.d. n. 1265/1934 e la prevalenza dei numerosi interessi pubblici perseguiti attraverso tale disposizione

ostano alla possibilità di configurare un legittimo affidamento dei proprietari in ordine alla edificabilità del terreno di loro proprietà.

Così come è irrilevante la presenza di altri edifici nell'area di rispetto cimiteriale, posti ad una distanza inferiore a 200 metri, ma superiore a 50 metri, atteso che tali circostanze di fatto non possono prevalere sul vincolo assoluto di inedificabilità originato dal dettato legislativo (cfr. T.A.R. Toscana, sez. III, 31 dicembre 2020, n. 1763).

Peraltro, i provvedimenti impugnati - adottati in presenza dei presupposti di fatto e di diritto sopra evidenziati - costituiscono atti doverosi e di natura vincolata, rispetto ai quali non risulta predicabile il vizio di disparità di trattamento.

4. Alla luce di quanto precede, i ricorsi nn. R.G. 1400/2017 e 1401/2017 sono entrambi infondati e vanno respinti.

Di conseguenza, deve essere respinta anche la domanda di risarcimento del danno formulata dai ricorrenti con il ricorso n. R.G. 1400/2017, per carenza dei relativi presupposti, primi fra tutti il comportamento colpevole del Comune e l'evento causativo del danno.

5. Le spese di lite di entrambi i giudizi, da liquidare nella misura di cui al dispositivo, devono essere poste a carico della parte ricorrente, secondo il criterio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sui ricorsi nn. R.G. 1400/2017 e 1401/2017, come in epigrafe proposti, previamente dispostane la riunione ai sensi dell'art. 70 c.p.a., li respinge.

Condanna i ricorrenti, in solido tra loro, al pagamento delle spese di lite a favore del Comune di Monteriggioni, liquidandole per entrambi i ricorsi in complessivi euro 6.000,00 (seimila/00), oltre oneri accessori come per legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 30 giugno 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 25, D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176, e s.m.i., con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Silvia De Felice, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Silvia De Felice

IL PRESIDENTE

Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO