

Publicato il 18/12/2023

N. 10988/2023REG.PROV.COLL.
N. 05378/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5378 del 2020, proposto da Delfino Soc. Coop. A R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Golini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Gino Capponi, n. 26;

contro

Comune di Firenze, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Annalisa Minucci ed Antonella Pisapia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio, n. 15;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 1452/2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 4 dicembre 2023 il Cons. Giordano Lamberti e udito l'avvocato Paolo Golini in collegamento da remoto attraverso videoconferenza, con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams";

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - DELFINO Soc. Coop a R.L. è proprietaria di un immobile sito in Firenze (via della Stazione delle Cascine n. 2). Trattasi di fabbricato con destinazione d'uso produttivo e aree di pertinenza, edificato in forza di progetto approvato con convenzione del 20 gennaio 1958.

2 - In data 14/11/1987 è stata presentata domanda di concessione in sanatoria, ai sensi dell'art. 35 L. 47/85, al fine di ottenere la realizzazione di opere realizzate in difformità.

3 - Con il provvedimento di diniego del 21/07/2006 (prot. 40434/06), il Comune ha dato atto delle difformità rispetto alla licenza edilizia n. 1056 del 29/04/1959, consistenti nell'aver realizzato, in luogo di un fabbricato con un solo piano fuori terra, un immobile con due piani fuori terra ed un piano seminterrato avente dimensioni maggiori e sagoma diversa rispetto a quello oggetto della licenza del 1959 e rilevato l'insistenza di tutte le opere abusive all'interno della fascia di rispetto di 100 m. dal **Cimitero** di Peretola.

4 - La società ha impugnato tale provvedimento avanti il Tar per la Toscana che, con la sentenza indicata in epigrafe, ha respinto il ricorso, rilevando che *“In assenza del provvedimento prefettizio che avrebbe disposto la riduzione del vincolo non può in alcun modo presumersi che lo stesso sia stato rilasciato”*.

5 - L'originaria ricorrente ha proposto appello avverso tale pronuncia per i motivi di seguito esaminati.

5.1 - Con il primo motivo, l'appellante sostiene che la sentenza è errata nella parte in cui esclude che la fascia di rispetto cimiteriale sarebbe stata ridotta al momento del rilascio della licenza di edificazione del 1959.

Parte appellante sostiene che, come sarebbe comprovato dai documenti prodotti, nel 1958 già esisteva il vincolo cimiteriale, con le conseguenze di cui all'art. 338 della legge sanitaria; pertanto, sarebbe da ritenersi probabile, se non certo, che la licenza edilizia per l'immobile in questione è stata rilasciata in forza di una riduzione della fascia di rispetto legittimamente avvenuta ad opera del Prefetto. Dalla documentazione offerta emergerebbe che tutti i vari enti deputati alla tutela del vincolo avrebbero espresso parere favorevole affinché il vincolo cimiteriale venisse ridotto a m 50.

L'appellante contesta come il TAR per la Toscana, che pure ammette in premessa *“vero è che il procedimento di riduzione ebbe corso e sembrava orientarsi in senso favorevole per la proprietà”*, abbia poi statuito che il Prefetto abbia *“rifiutato di emettere il provvedimento finale sulla base di considerazioni di natura prettamente giuridica”*. L'appellante sostiene che il predetto provvedimento favorevole di riduzione del vincolo sarebbe stato emanato dal Prefetto e che non sia stato possibile rinvenirlo a causa dei danneggiamenti subiti dagli archivi.

Al riguardo, l'appellante insiste nel prospettare che la licenza edilizia è del 29 aprile 1959, ossia successiva al 12 luglio 1958, data della deliberazione in atti con cui il Commissario Prefettizio, sulla scorta di tutti i pareri favorevoli acquisiti, ha inviato al Prefetto la richiesta di riduzione del vincolo cimiteriale. Se il Prefetto avesse denegato la riduzione della fascia di rispetto, giammai il Comune di Firenze avrebbe rilasciato la licenza. Ad ogni modo sarebbe incontrovertibile che, a causa del decorso di un così lungo lasso di tempo e della buona fede dell'appellante, si sia ingenerato in capo a quest'ultimo un legittimo affidamento meritevole di tutela in ordine alla legittimità dell'opera realizzata.

L'appellante censura anche l'assunto del Tar per cui *“la riduzione avrebbe dovuto portare la fascia di rispetto a 50 metri in violazione dell'art. 338 del RD 1265/1934 nel*

testo all'epoca vigente che prescriveva la inderogabilità del perimetro cimiteriale". Il Commissario Prefettizio certamente non ignorava, nel 1958, quando ha dato avvio all'*iter* di cui sopra per la riduzione della fascia di rispetto del vincolo cimiteriale, che l'art. 338 del RD 1265/34 era stato appena modificato. La legge n. 983/57, all'art. 1, disponeva infatti che *"Può altresì il Prefetto, su motivata richiesta del Consiglio comunale, deliberata a maggioranza assoluta dei consiglieri in carica, e previo conforme parere del Consiglio provinciale di sanità, quando non vi si oppongano ragioni igieniche e sussistano gravi e giustificati motivi, ridurre l'ampiezza della zona di rispetto di un cimitero, delimitandone il perimetro in relazione alla situazione dei luoghi, purché nei centri abitati con popolazione superiore ai 20.000 abitanti il raggio della zona non risulti inferiore ai 100 metri ad almeno a 50 metri per gli altri Comuni?"*.

Secondo l'appellante, al TAR sarebbe sfuggito che nel caso di specie si fa riferimento al **cimitero** del Comune di Pretola e non a quello del Comune di Firenze. Pertanto, non corrisponde al vero che la riduzione a 50 metri della fascia di rispetto avrebbe costituito violazione dell'art. 338 del RD 1265/1934, nel testo vigente nel 1958-1959.

5.2 – Con il secondo motivo, l'appellante sostiene che il provvedimento impugnato è illegittimo anche sotto ulteriori profili.

Il Comune di Firenze ha espresso il proprio diniego sulla domanda di sanatoria in ragione del fatto che l'immobile in questione ricade all'interno della zona sottoposta a vincolo cimiteriale.

Pur riconoscendo che la giurisprudenza riconduce il vincolo cimiteriale nel novero di quelli che comportano "inedificabilità assoluta", per l'appellante, all'interno della fascia di rispetto, sono inibiti i soli interventi che si pongono in netta incompatibilità con le finalità del vincolo (assicurare l'espansione futura del **cimitero**; assicurare il decoro del luogo di culto; garantire una cintura sanitaria intorno a quei luoghi che per loro natura sono insalubri), potendo viceversa essere ammessi quelli che, secondo il prudente apprezzamento della competente autorità amministrativa, non contrastino con i fini medesimi.

A dirimere il contrasto sarebbe intervenuto l'art. 28 della l. 1 agosto 2002, n. 11 (che ha modificato il contenuto dell'art. 338 del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265) che all'ultimo comma prevede *“all'interno della zona di rispetto per gli edifici esistenti sono consentiti interventi di recupero ovvero interventi funzionali all'utilizzo dell'edificio stesso, tra cui l'ampliamento nella percentuale massima del 10 per cento e i cambi di destinazione d'uso, oltre a quelli previsti dalle lettere a), b), c) e d) del primo comma dell'articolo 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457”*.

L'appellante sostiene che il legislatore ha espressamente escluso che il vincolo cimiteriale rientri nel novero di quelli di “inedificabilità assoluta”. Se all'interno della zona di rispetto sono addirittura ammessi non solo interventi di recupero, ma anche ampliamenti volumetrici, a maggior ragione dovrebbe ritenersi ammissibile la semplice sanatoria di edifici, laddove questi non contrastino con le finalità che il vincolo intende preservare.

L'indirizzo giurisprudenziale in favore della natura assoluta del vincolo, richiamato nella pronuncia oggetto di gravame dovrebbe, pertanto, ritenersi superato alla luce del mutato contesto normativo.

L'appellante lamenta che il provvedimento impugnato sarebbe viziato per assenza di attività istruttoria e per vizio di motivazione e insiste nel ritenere che l'inerzia dell'amministrazione abbia ingenerato un legittimo affidamento sulla stabilità della propria posizione.

5.3 – Con il terzo motivo, l'appellante censura la sentenza per mancata pronuncia sul motivo con cui aveva lamentato che l'amministrazione non avesse considerato che la **distanza** minima dai cimiteri fissata dall'art. 338 del R.D. 1265/34 è posta con riguardo ai centri abitati e non ai fabbricati sparsi e che non possono ricondursi ai primi.

La p.a. non avrebbe preso in considerazione l'ubicazione dell'immobile per cui è causa, che non sarebbe ricompreso in un centro abitato, ma sarebbe del tutto isolato.

L'amministrazione partendo dal non condivisibile presupposto che il vincolo cimiteriale costituisce un vincolo di inedificabilità assoluta, avrebbe

completamente omesso di adempiere un'adeguata istruttoria, limitandosi a prendere atto del fatto che l'immobile *de quo* ricade nella zona di rispetto.

6 – Le censure, che possono essere esaminate congiuntamente, sono infondate.

Il diniego parziale di condono impugnato si riferisce agli abusi realizzati all'interno del raggio dei 100 metri dal **Cimitero** di Peretola sito nel comune di Firenze, in area soggetta a vincolo assoluto di inedificabilità *ex lege*, imposto prima della realizzazione delle opere.

Giova ricordare che il cd. vincolo cimiteriale trova la sua disciplina nel Testo unico delle leggi sanitarie (regio decreto n. 27 luglio 1934, n. 1265) che, all'articolo 338, vieta di costruire entro un determinato raggio dal perimetro dell'impianto cimiteriale.

È stato evidenziato come l'apposizione del vincolo in questione persegue una molteplicità di interessi: la tutela di esigenze igienico sanitarie; la tutela della sacralità del luogo, nonché l'interesse a mantenere un'area di possibile espansione del perimetro cimiteriale.

Per tali ragioni, la giurisprudenza, anche recentemente, ha ribadito che tale vincolo di inedificabilità deve considerarsi di carattere assoluto e tale da imporsi anche su contrastanti previsioni del piano regolatore generale non consentendo - pertanto - di allocare all'interno della fascia di rispetto, né edifici destinati alla residenza, né altre opere non precarie comunque incompatibili con i molteplici interessi sopra menzionati che tale fascia intende tutelare (*cf.* Consiglio di Stato, Sez. V, n. gennaio 2017, n. 205). In altri termini, non sono ammissibili deroghe al vincolo cimiteriale per interessi privati (*cf.* Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3667).

Dato il carattere sostanzialmente assoluto del vincolo cimiteriale, la giurisprudenza amministrativa ha altresì ritenuto che lo stesso precludesse il rilascio della concessione in sanatoria, senza neppure la necessità per l'amministrazione di compiere ulteriori valutazioni in ordine alla concreta compatibilità dell'opera con i valori da esso tutelati (*cf.* Consiglio di Stato, Sez.

V, 3 maggio 2007, n. 1933; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3667: “*il vincolo cimiteriale determina una situazione di inedificabilità ex lege, suscettibile di venire rimossa solo in ipotesi eccezionali e comunque solo per considerazioni di interesse pubblico, in presenza delle condizioni specificate nell'art. 338, quarto comma; ma non per interessi privati, come ad esempio per legittimare ex post realizzazioni edilizie abusive di privati, o comunque interventi edilizi futuri?*”). Sulla stessa linea la giurisprudenza penale della Corte di Cassazione secondo cui “*gli interventi urbanistici ai quali il legislatore ha inteso fare riferimento sono solo quelli pubblici o comunque aventi rilevanza almeno pari a quelli posti a base della fascia di rispetto dei duecento metri?*” (cfr. Cass. pen., Sez. III, 26 febbraio 2009, n. 8626).

Contrariamente alla prospettazione di parte appellante, la giurisprudenza ha altresì precisato che “*il vincolo di rispetto cimiteriale riguarda anche i fabbricati sparsi: l'assolutezza del vincolo opera, infatti, con riferimento ad ogni singolo fabbricato e per ogni tipo di costruzione trattandosi di un divieto di edificazione posto a tutela della natura e della salubrità dei luoghi, sicché non può ammettersi alcuna distinzione in ragione delle concrete peculiarità dei manufatti, riguardando anche gli eventuali manufatti (in ipotesi pertinenziali?*” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 marzo 2022, n. 1513, sul punto si veda anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 aprile 2020, n. 2368, secondo cui “*trattasi di vincolo operante non solo per i centri abitati, ma anche per i fabbricati sparsi, precludendo il rilascio della concessione, anche in sanatoria (ai sensi dell'art. 33 L. 28 febbraio 1985 n. 47), senza necessità di compiere valutazioni in ordine alla concreta compatibilità dell'opera con i valori tutelati dal vincolo?*”; Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 novembre 2013, n. 5571 secondo cui “*La fascia di rispetto cimiteriale prevista dall'art. 338 t.u. leggi sanitarie 27 luglio 1934 n. 1265, misurata a partire dal muro di cinta del **cimitero**, costituisce un vincolo assoluto d'inedificabilità, tale da imporsi anche a contrastanti previsioni di piano regolatore generale, che non consente in alcun modo l'allocazione sia di edifici che di opere incompatibili col vincolo medesimo, in considerazione dei molteplici interessi pubblici che tale fascia di rispetto intende tutelare e che sono da individuarsi in esigenze di natura igienico sanitaria, nella salvaguardia della peculiare sacralità che connota i luoghi destinati all'inumazione e alla sepoltura, nel mantenimento di*

*un'area di possibile espansione della cinta cimiteriale; segue da ciò che non esiste ragione alcuna per ritenere tale vincolo applicabile solo ai centri abitati e non ai fabbricati sparsi, così come, ai fini dell'applicazione del vincolo, appare ininfluyente che, a **distanza** inferiore ai 200 metri, vi sia una strada, atteso che essa non interrompe la continuità del vincolo (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 4403 del 2011)”.*

6.1 – All’epoca della realizzazione dell’abuso l’area doveva ritenersi assoggetta a vincolo cimiteriale, con quanto ne consegue circa la possibilità di conseguire la sanatoria delle consistenti opere abusive ivi realizzate.

Alla luce dei rilievi svolti dall’appellante, deve anche rilevarsi come questi non abbia provato che l’aumento volumetrico conseguente all’abuso si sia contenuto entro il 10% di quanto edificato legittimamente.

Deve invece ricordarsi che il manufatto è stato oggetto di ampliamenti plano-volumetrici in difformità rispetto alla licenza del 1959 e consistenti nella realizzazione di un fabbricato con dimensioni maggiori e sagoma diversa rispetto a quello originario, mediante la realizzazione:

- di un piano seminterrato e di un piano primo in eccedenza (per complessivi 2.293,29 mq) rispetto a quanto previsto nel progetto originario;
- di ulteriori manufatti (locali ripostigli, due tettoie ed un locale centrale termica), per un incremento complessivo di superficie coperta di circa 2.600 mq rispetto al complesso originale.

6.2 – Sotto altro profilo, non sussiste la prova della prospettata riduzione del vincolo cimiteriale.

È pacifico come agli atti di causa non sia stato prodotto il relativo provvedimento.

A prescindere dalle ragioni di tale carenza probatoria, in senso contrario alla tesi di parte appellante appare dirimente la constatazione che l’art. 338, quinto comma del TULS, così come modificato dall’art. 1 della L. con L. 17/10/1957 n. 983, riconosceva al Prefetto il potere di ridurre la fascia di rispetto fino a 100 metri dal perimetro del **Cimitero**. In altri termini, la supposta riduzione

del vincolo a 50 metri – di cui come detto non sussiste la prova - sarebbe stata anche in palese violazione del citato art. 338 del RD 1265/1934.

Quanto all'ambito applicativo di tale limite, non è dubbio che il Comune di Firenze ricadesse all'epoca tra i comuni con più di 20.000 abitanti.

6.3 – Il quadro fattuale innanzi descritto non consente neppure di potere ritenere sussistente una effettiva situazione di affidamento tutelabile, da ritenersi comunque recessiva a fronte della inequivoca situazione di abusività in cui versa l'immobile (*cfr.* Consiglio di Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9).

7 – Per le ragioni esposte l'appello va respinto.

Ad una valutazione complessiva della vicenda le spese di lite possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello e compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Oreste Mario Caputo, Presidente FF

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Carmelina Addresso, Consigliere

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Oreste Mario Caputo

IL SEGRETARIO