

## **ALLEGATO 1**

**T.A.R. Toscana, Sez. I, 11 febbraio 2016, n. 254**

N. 00254/2016 REG.PROV.COLL.

N. 01291/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1291 del 2009, proposto da:

Venerabile Arciconfraternita della Misericordia di Fucecchio, rappresentata e difesa dall'avv. Ferdinando Biondi, con domicilio eletto presso l'avvocato Domenico Benussi in Firenze, piazza dell'Indipendenza n. 10;

contro

Comune di Fucecchio, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppina Cucurachi, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Fra' Bartolommeo n. 8;

Regione Toscana;

per l'annullamento

- dell'art. 41 del piano strutturale del Comune di Fucecchio, approvato con deliberazione consiliare n. 23 del 15.4.2009, nella parte in cui non prevede la disciplina per la conservazione, manutenzione e utilizzazione del cimitero di proprietà della ricorrente;
- del medesimo art. 41 in quanto implicitamente esclude l'esistenza, il mantenimento e la riutilizzazione, nonché la valorizzazione di cimiteri non di proprietà pubblica;
- della deliberazione del consiglio comunale n. 23 del 15.4.2009 nella parte in cui respinge l'osservazione presentata dalla ricorrente;
- di ogni altro atto connesso;

e sui motivi aggiunti, depositati in giudizio il 30.10.2015, proposti per l'annullamento:

- della deliberazione di Consiglio del Comune di Fucecchio n. 22 del 14.5.2015, nella parte in cui respinge le osservazioni della ricorrente;
- dell'art.41 (rubricato "Ex Complessi Cimiteriali") e dell'art. 130 (rubricato "Parchi della Rimembranza") del Regolamento Urbanistico del Comune di Fucecchio," approvato con la predetta deliberazione, nella parte in cui non prevede la disciplina per la conservazione, manutenzione e riutilizzazione del cimitero di proprietà della ricorrente;
- per quanto occorrere possa, del parere espresso dalla Commissione Consiliare di non accoglimento delle suddette osservazioni;
- nonché di ogni altro atto connesso;

e per la condanna al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2016 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO**

La ricorrente è proprietaria, in forza di donazione del Demanio Statale trascritta il 16.5.1935, di un'area cimiteriale consacrata nel 1788, situata lungo la strada statale n. 436 detta "Francesca".

La parte istante già in data 9.5.1977 presentò al Comune di Fucecchio richiesta di autorizzazione ai fini del restauro conservativo e la costruzione di nuovi loculi.

A dimostrazione della carenza di aree destinate al servizio cimiteriale il Comune, con nota del 21.2.1979, comunicò alla deducente l'intendimento di acquistare la predetta area, ma tale iniziativa non ebbe seguito alcuno.

La domanda di autorizzazione fu respinta dal Comune di Fucecchio con lettere datate 21.10.1979 e 19.1.1983, nonostante il parere favorevole dell'USL.

In data 22.3.1988 la Misericordia chiese all'amministrazione di pronunciarsi preventivamente sulla prospettata ristrutturazione del cimitero.

Seguì, in data 30.9.1988, il nulla osta in via preventiva.

L'interessata presentò quindi il progetto in data 23.11.1988, cui seguì, il giorno 20.9.1989, la presentazione di richiesta di concessione edilizia per "restauro conservativo e costruzione di loculi".

Il Comune, con atto del 17.3.1990, si espresse in senso negativo, ravvisando il contrasto del progetto con lo strumento urbanistico.

La deducente impugnò, con ricorso n. 689/90, il suddetto diniego ed il silenzio rifiuto formatosi sull'istanza di autorizzazione ex art. 95 del d.p.r. n. 803/1975.

Questo TAR, con sentenza n. 176 del 3.5.1994 passata in giudicato, nell'accogliere il ricorso dichiarò l'obbligo dell'amministrazione di pronunciarsi espressamente sulla richiesta di autorizzazione ex d.p.r. n. 803/1975 ed annullò l'impugnato diniego di concessione edilizia adducendo a motivazione il fatto che il giudizio del Comune avrebbe dovuto assumere a riferimento la conformità del progetto al regolamento di polizia mortuaria ed al piano regolatore cimiteriale e che quindi non era necessario il rilascio del titolo edilizio ma solo l'autorizzazione di cui all'art. 95 del d.p.r. n. 803/1975.

Ad esito di richiesta di ottemperanza al giudicato il Sindaco di Fucecchio, con determinazione del 18.1.2005, obiettò che non sussistevano i presupposti del rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 95 del d.p.r. n. 803/1975, trattandosi di area che non risultava inclusa nei piani cimiteriali e nel cimitero comunale e che era priva di una propria fascia di rispetto avendo perso, dal 1885, la destinazione a cimitero.

Il suddetto diniego di autorizzazione fu impugnato, innanzi alla sezione III del TAR Toscana, dall'Arciconfraternita con ricorso n. 626/2005, respinto con sentenza n. 245 del 14.2.2013, con la quale il giudice adito ha ritenuto che la mancanza di destinazione urbanistica a cimitero dell'area de qua, il suo mancato inserimento nel piano cimiteriale e la sua classificazione come fascia di rispetto cimiteriale del cimitero comunale costituivano giustificazioni in grado di sorreggere il contestato provvedimento.

Il Consiglio Comunale, con deliberazione n. 23 del 15.4.2009, ha infine approvato il piano strutturale, il cui art. 41 secondo la parte istante non prevede la disciplina di conservazione, manutenzione e uso dell'area in questione ed esclude implicitamente l'esistenza e la valorizzazione di cimiteri di proprietà non pubblica.

La ricorrente è insorta avverso la suddetta norma e la parte della citata deliberazione avente ad oggetto la reiezione dell'osservazione presentata, deducendo:

- 1) Elusione e violazione del giudicato; nullità per violazione dell'art. 21 septies della legge n. 241/1990; sviamento di potere;
- 2) Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità dell'art. 41 del piano strutturale; carente e/o insufficiente istruttoria; insufficienza e/o assenza di motivazioni del rigetto dell'osservazione; illogicità e contraddittorietà delle motivazioni; travisamento dei fatti; violazione di legge e di principi costituzionali;
- 3) Sussistenza dei presupposti per la richiesta di risarcimento del danno.

Nelle more della trattazione del gravame il Comune di Fucecchio, con deliberazione consiliare n. 22 del 14.5.2015, ha approvato il regolamento urbanistico, il quale ha in parte qua recepito le indicazioni del presupposto piano strutturale.

Avverso la sopravvenuta deliberazione la ricorrente è insorta con motivi aggiunti depositati in giudizio il 30.10.2015, deducendo:

- 3) Illegittimità derivata;
- 4) Ulteriori profili di illogicità, contraddittorietà, assenza o carenza di istruttoria e/o di motivazione; travisamento dei fatti e sviamento di potere;
- 5) Risarcimento del danno.

Si è costituito in giudizio il Comune di Fucecchio.

All'udienza del 27 gennaio 2016 la causa è stata posta in decisione.

### **DIRITTO**

Il Collegio preliminarmente rileva che il Comune di Fucecchio ha eccepito che la ricorrente non è attualmente proprietaria dell'immobile in questione, in quanto il contratto di donazione stipulato a suo favore subordinava la cessione all'obbligo, rimasto inadempito, di destinare il terreno ad uso cimiteriale entro il termine perentorio del 16.5.1937, sotto comminatoria della devoluzione al demanio statale qualora tale destinazione fosse venuta a mancare.

L'eccezione è infondata.

L'atto di donazione (documento n. 11 depositato in giudizio dal Comune) prevedeva che l'infruttuoso decorso del termine di due anni entro il quale il cimitero avrebbe dovuto essere ripristinato nella sua piena efficienza avrebbe comportato la rescissione contrattuale.

Pertanto non era previsto l'automatico venir meno dell'efficacia del contratto, ma la possibilità per il donante di chiedere la rescissione (rectius: la risoluzione) del contratto.

E poiché l'amministrazione statale non risulta abbia mai chiesto lo scioglimento del vincolo contrattuale, deve ritenersi che il bene sia, attualmente, nella disponibilità della ricorrente.

Ad analoghe conclusioni induce il tenore della clausola secondo cui la "donazione è subordinata all'obbligo da parte dell'Arciconfraternita donataria di destinare il terreno...ad uso di cimitero sotto comminatoria di devoluzione al Demanio dello Stato qualora...siffatta destinazione dovesse in qualunque tempo venire a mancare", in quanto la suddetta pattuizione non introduce una condizione risolutiva di efficacia e tale devoluzione non opera automaticamente, ma presuppone la risoluzione del contratto per inadempimento del modo della donazione.

Entrando nel merito della trattazione del gravame, si osserva quanto segue.

Con la prima censura l'Associazione ricorrente lamenta la violazione o l'elusione del giudicato di cui alla sentenza di questo TAR n. 176 del 3.5.1994 e contesta la norma del piano strutturale che esclude l'utilizzazione del cimitero di proprietà della Associazione stessa, ovvero vieta la ristrutturazione e il riuso del cimitero privato.

La doglianza non ha pregio.

Con la predetta sentenza questo TAR ha annullato il diniego di concessione edilizia (sulla base dell'assunto che l'attività edilizia nei cimiteri non richiede il rilascio del titolo edilizio) ed il silenzio rifiuto sulla domanda di autorizzazione per restauro conservativo e costruzione di nuovi loculi (essendo il Comune tenuto a pronunciarsi con provvedimento espresso), ed ha precisato

che è “sufficiente il giudizio del Sindaco di conformità del progetto alle prescrizioni contenute nel regolamento di polizia mortuaria e nel piano regolatore cimiteriale”.

Orbene, l’atto impugnato (ed in particolare la reiezione delle osservazioni della ricorrente – documento n. 7 depositato in giudizio dall’Ente -) da un lato adduce a presupposto la circostanza che il cimitero di proprietà dell’interessata non è mai stato inserito nei piani regolatori cimiteriali, dall’altro si prefigge lo scopo di tutelarlo (al pari di tutti gli ex complessi cimiteriali) quale testimonianza storica (documento n. 4 depositato in giudizio dal Comune).

In nessun modo è configurabile un qualche conflitto tra la contestata disciplina del piano strutturale e la statuizione della richiamata sentenza.

Al contrario, dalle argomentazioni di quest’ultima si desume che il piano regolatore cimiteriale funge da indispensabile parametro di riferimento ai fini della valutazione degli interventi edilizi realizzabili all’interno del cimitero privato, talché la mancanza del piano stesso non può che precluderli.

In tal senso, del resto, si pone espressamente la piuttosto recente sentenza n. 245 del 14.2.2013, con cui questo TAR, nel respingere l’impugnazione del diniego dell’autorizzazione al recupero della struttura cimiteriale, ha evidenziato che il mancato inserimento nel piano cimiteriale, al pari della classificazione dell’area intestata alla deducente come fascia di rispetto del vicino cimitero comunale, impedisce legittimamente su di essa qualsiasi edificazione.

Con il secondo mezzo l’istante deduce che il divieto di riutilizzazione del cimitero de quo collide con l’intento di conservazione della memoria enunciato nell’impugnato art. 41 del piano strutturale e con il principio di libertà religiosa (essendo la ricorrente portatrice di principi religiosi cristiani); la ricorrente aggiunge che la motivazione del rigetto delle sue osservazioni è di natura esclusivamente urbanistica, in contrasto con la citata sentenza n. 176 del 1994, e che il cimitero della Misericordia non è un ex cimitero e si pone in luogo contiguo con il cimitero comunale; secondo l’interessata, inoltre, la richiesta presentata dal Comune alla Misericordia il 21.2.1979 per la cessione dell’area in argomento, oltre a dimostrare la contraddittorietà dell’atto impugnato dimostra che non vi sono ostacoli alla sua corretta riattivazione come luogo di sepoltura.

I rilievi non hanno alcun pregio.

La circostanza che la proprietà della Misericordia di Fucecchio non sia inserita nel piano cimiteriale costituisce, ai sensi dell’art. 91 del d.p.r. n. 285/1990, legittima ragione ostativa all’attività edificatoria voluta dalla ricorrente, come del resto precisato nella sentenza di questo TAR n. 245 del 14.2.2013. Ulteriore causa ostativa è data dal fatto che il cimitero della ricorrente ricade all’interno della fascia di rispetto cimiteriale, come rimarcato in detta sentenza.

Inoltre, rientra nell’ampia discrezionalità di cui gode il Comune in materia di pianificazione urbanistica la scelta di conservare l’immobile intestato alla ricorrente quale testimonianza storica e, al tempo stesso, di precluderne l’effettivo riutilizzo quale luogo di sepoltura.

In pratica l’intendimento del Comune è mantenere la struttura de qua come una sorta di monumento rappresentativo del culto dei defunti appartenente ad un’epoca passata, intendimento che appare perseguibile attraverso interventi di restauro conservativo dell’esistente, ma non anche mediante la costruzione di nuovi loculi o aggiunte o ristrutturazioni che minerebbero il senso della voluta memoria di valore storico, paesistico e culturale, cui fa riferimento il rigetto dell’osservazione presentata dalla parte deducente.

Né tale scelta collide con la libertà religiosa, in quanto non risulta, né viene ipotizzato, che i modi e i riti della sepoltura nel cimitero comunale non si concilino con quelli propri della religione cristiana.

Privo di pregio è il riferimento al fatto che il Comune, nel febbraio 1979, aveva chiesto di acquistare l’ex cimitero per ripristinarne l’originaria destinazione.

Invero, tale richiesta non significa che deve essere comunque ammessa l'utilizzazione della struttura, anche come cimitero privato, in quanto rientra nella discrezionalità amministrativa l'opzione finale di ammettere solo cimiteri pubblici; inoltre, nell'ampio arco di tempo intercorrente tra il febbraio 1979 ed il momento dell'adozione dell'atto impugnato, ben può l'amministrazione mutare avviso e decidere di lasciare la struttura così com'è, a tutela non delle attuali esigenze di sepoltura (perseguite con il cimitero pubblico) ma di valori storici e culturali.

In definitiva, è chiaro il motivo guida della contestata scelta, evincibile dai criteri generali seguiti nell'impostazione del piano strutturale ed esplicitato in sede di reiezione delle osservazioni: tutelare come valore storico, paesistico e culturale, quale espressione di un'epoca passata, gli ex cimiteri.

L'infondatezza del ricorso introduttivo determina l'infondatezza della prima censura dedotta con i motivi aggiunti, incentrata sull'illegittimità derivata.

Con la seconda doglianza proposta con motivi aggiunti l'esponente deduce che gli interventi ammessi nelle aree cimiteriali dismesse (ripristino di elementi mancanti ed interventi di restauro e risanamento conservativo) contrastano con l'asserita inedificabilità fondata sull'insistenza dell'area nella fascia di rispetto del cimitero comunale.

Il rilievo non ha alcun pregio.

Osserva il Collegio che, con riferimento alle fasce di rispetto cimiteriali, l'art. 28 della l. 166/2002 ha parzialmente riscritto l'art. 338 del R.D. n. 1265/1934, prevedendo che, fermo restando il divieto di costruire nuovi edifici all'interno della fascia di rispetto cimiteriale, all'interno di quest'ultima, "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'art. 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457" (ovvero manutenzione ordinaria, manutenzione straordinaria, restauro e risanamento conservativo, ristrutturazione edilizia).

Gli interventi ammessi dal contestato regolamento urbanistico sono quindi conformi al suddetto precetto normativo ed in linea con i limiti imposti dalla fascia di rispetto del cimitero comunale.

Appaiono quindi esenti da profili di contraddittorietà o illogicità le motivazioni della reiezione dell'osservazione presentata dall'esponente ad esito dell'adozione del regolamento urbanistico, laddove adducono il contrasto dell'osservazione stessa con il piano regolatore dei cimiteri e con la citata fascia di rispetto (documento n. 31 depositato in giudizio dall'Ente).

Con la terza censura aggiunta la ricorrente deduce, quale ulteriore profilo di illogicità e contraddittorietà, il fatto che il Comune voglia caratterizzare l'area come cimiteriale e al tempo stesso precludere le sepolture.

Il rilievo è infondato.

Valgono al riguardo le stesse considerazioni espresse in sede di trattazione della seconda doglianza in cui si articola il ricorso introduttivo.

Con la quarta censura aggiunta l'associazione istante contesta la tesi del Comune secondo cui il cimitero in questione non sarebbe più attivo a partire dalla soppressione deliberata dal Consiglio Comunale in data 3.1.1880, afferma che per la collettività il cimitero della Misericordia non è l'ex cimitero ma il vecchio cimitero ed osserva che l'ultima estumulazione risale al 1967.

Il rilievo non è condivisibile.

L'estumulazione di una salma nel 1967 (peraltro non provata) e la richiamata qualificazione come "vecchio cimitero" non possono sovvertire i presupposti fattuali dati dall'attuale inattività, persistente da tempo, del cimitero de quo, come risulta dai previgenti strumenti urbanistici: si veda ad esempio il diniego di concessione edilizia del 17.3.1990, che evidenziava la mancanza

di una corrispondente previsione nello strumento urbanistico, o il diniego di autorizzazione datato 18.1.2005 (l'impugnazione avverso il quale è stata respinta da questo TAR con sentenza n. 245 del 14.2.2013), secondo cui "l'area non è cimitero da oltre 100 anni", "non è mai stata inserita nei piani cimiteriali", "gli strumenti urbanistici non hanno mai previsto una fascia di rispetto a tale area, in quanto tale destinazione non sussiste già dal 1885; ad oggi, come nel 1990, l'area risulta classificata come fascia di rispetto cimiteriale, ma del cimitero comunale" (documenti n. 12 e 15 depositati in giudizio dal Comune).

Con la quinta censura dedotta con i motivi aggiunti la parte istante sostiene che non vi sono elementi di carattere urbanistico o di interesse pubblico posti a suffragio della contestata norma del regolamento; aggiunge che la riattivazione da lei auspicata eviterebbe al Comune di reperire nuove aree per la sepoltura.

Il rilievo non è condivisibile.

Già in sede di approvazione del piano strutturale era chiara la finalità pubblica dell'invariante strutturale in questione, rispondente alla dichiarata finalità di salvaguardare solo il valore storico culturale dell'ex cimitero; tale finalità è richiamata dal provvedimento di reiezione delle osservazioni relative al regolamento urbanistico adottato (documento n. 31 prodotto dall'amministrazione), provvedimento che fa anche riferimento al contrasto dell'utilizzazione con funzioni di sepoltura delle ex aree cimiteriali rispetto al piano cimiteriale ed alla fascia di rispetto del cimitero comunale.

Orbene, la scelta di non inserire l'area intestata alla ricorrente nel piano cimiteriale e di privilegiare la sola funzione di testimonianza di valore storico, paesistico e culturale risponde ad una valutazione ampiamente discrezionale, propria della pubblica amministrazione e non sindacabile dal giudice se non in caso di illogicità manifesta, la quale non sussiste nella fattispecie in esame, mancandone gli elementi sintomatici e rilevando l'ampia discrezionalità del Comune nella scelta dei criteri di impostazione dello strumento urbanistico generale.

In conclusione, il ricorso ed i motivi aggiunti devono essere respinti sia nella domanda di annullamento che in quella di risarcimento del danno.

Le spese di giudizio, determinate nella misura di euro 3.000 (tremila) oltre accessori di legge, devono essere corrisposte dalla ricorrente al Comune di Fucecchio. Nulla per le spese nei confronti della Regione Toscana, non costituita.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui relativi motivi aggiunti, li respinge.

Condanna la ricorrente a corrispondere al Comune di Fucecchio la somma di euro 3.000 (tremila) oltre accessori di legge, a titolo di spese e onorari di giudizio. Nulla per le spese nei confronti della Regione Toscana.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE, IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/02/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)