

N. 02724/2025REG.PROV.COLL.

N. 03431/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3431 del 2023, proposto da Gradi Gualtierio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Caretti, Riccardo Tagliaferri, con domicilio eletto presso lo studio dei difensori Riccardo Tagliaferri in Roma, via Bisagno 14;

contro

Comune di Lucca; Azienda U.s.l. Toscana Nord Ovest, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 1046/2022.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2024 il consigliere Paolo Marotta e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale;

Viste le conclusioni delle parti.

1. La società Gradi Gualtierio s.r.l. (di seguito, nella presente decisione anche società appellante o società) ha impugnato la sentenza indicata in epigrafe, con la quale il T.a.r. Toscana, Sez. III, ha respinto il ricorso di primo grado, proposto dalla predetta società per l'annullamento del provvedimento n. 122/2021 del 4 maggio 2021 del responsabile dello Sportello unico per le attività produttive del comune di Lucca, recante *“Diniego al rilascio dell'autorizzazione per il potenziamento dell'impianto di distribuzione carburanti ad uso pubblico posti in Lucca, Via Roma 139, Loc. Antraccoli mediante la realizzazione di infrastrutture per l'erogazione metano”* e della presupposta nota prot. SUAP n. 58419/2021 del 29 aprile 2021 dell'Unità organizzativa 3.4 Sportello unico edilizia privata (la società aveva chiesto anche l'annullamento *in parte qua*, ove ritenuti lesivi, della deliberazione del Consiglio comunale di Lucca n. 372 del 5 dicembre 1959, approvata con decreto del medico

provinciale n. 4190 del 13 aprile 1960, nonché dell'art. 135.4 N.T.A. del vigente regolamento urbanistico del comune di Lucca).

Il giudice di primo grado ha condannato la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore del comune di Lucca, liquidandole in € 4.000,00, oltre accessori di legge.

2. La società appellante premette quanto segue.

2.1. Evidenza di essere titolare di un impianto di distribuzione carburanti sito nel territorio del comune di Lucca, Via Romana 139, autorizzato con concessione edilizia 273/1993, già intestata a Esso Italiana s.r.l., e successiva D.I.A. n. 52/2009, anch'essa intestata a Esso Italiana s.r.l. e successivamente volturata a favore della società Gradi Gualtierio s.r.l.

2.2. In data 30 dicembre 2020, la società (odierna appellante) ha presentato un'istanza finalizzata al rilascio di un permesso di costruire per il potenziamento del predetto impianto di distribuzione carburanti.

L'intervento edilizio proposto prevedeva l'installazione dell'attrezzatura necessaria per l'erogazione di metano (GNC), la realizzazione di 5 posti auto nonché la realizzazione di una vasca per lo scarico delle acque meteoriche in conformità al regolamento urbanistico comunale.

2.3. Con comunicazione dei motivi ostativi del 22 marzo 2021, il comune di Lucca ha evidenziato l'impossibilità di accogliere l'istanza presentata dalla società per le seguenti motivazioni: *"...l'area oggetto dell'intervento ricade all'interno della fascia di rispetto cimiteriale di 200m dal cimitero di Antraccoli. Ai sensi dell'art. 338 del Regio Decreto n.1265 del 27 luglio 1934 (Testo unico delle leggi sanitarie), infatti, "i cimiteri devono essere collocati alla distanza di almeno 200 metri dal centro abitato. È vietato costruire intorno ai cimiteri nuovi edifici entro il raggio di 200 metri dal perimetro dell'impianto cimiteriale, quale risultante dagli strumenti urbanistici vigenti nel comune o, in difetto di essi, comunque quale esistente in fatto, salve le deroghe ed eccezioni previste dalla legge"*; l'Amministrazione comunale ha evidenziato che, essendo la relativa area di sedime ricompresa tra i 135 m e i 175 m di distanza dal perimetro del cimitero di Antraccoli, l'intervento edilizio proposto non avrebbe potuto essere assentito.

2.4. In data 31 marzo 2021, la società ha presentato le proprie osservazioni, evidenziando, in sintesi, che l'area in questione era posta al di fuori della fascia di rispetto del vincolo cimiteriale, per effetto della riduzione della fascia cimiteriale operata dal medesimo comune di Lucca, sulla base del parere della competente autorità sanitaria n. 4190 del 13 aprile 1960.

2.5. Le osservazioni presentate dalla società non sono state condivise dall'Amministrazione comunale, che, con nota del 7 maggio 2021, ha trasmesso alla società il provvedimento n. 122/2021 a firma del responsabile SUAP, recante diniego al rilascio dell'autorizzazione per il potenziamento dell'impianto di distribuzione carburanti per l'erogazione metano e la presupposta nota prot. SUAP n. 58419/2021 del 29 aprile 2021 dell'Unità organizzativa 3.4 Sportello unico edilizia privata.

2.6. La società Gradi Gualtierio s.r.l. ha impugnato i predetti atti davanti al T.a.r. Toscana, contestandone la legittimità con quattro articolati motivi:

a) con il primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio, la società ha contestato la legittimità dei provvedimenti impugnati nella parte in cui l'Amministrazione ha ritenuto che la riduzione a 50 metri della fascia di rispetto cimiteriale, approvata con la deliberazione consiliare n. 372 del 5 dicembre 1959, non potesse operare con riferimento al progetto presentato dalla società, non essendo l'intervento edilizio proposto qualificabile come opera pubblica; in via subordinata, la società ha

dedotto l'illegittimità della deliberazione consiliare n. 372/1959, nella parte in cui dovesse essere ritenuta ostativa alla realizzazione dell'ampliamento dell'impianto in questione;

b) con il secondo motivo, la società ha censurato gli atti impugnati per violazione e falsa applicazione dell'art. 135.4 N.T.A. del regolamento urbanistico del comune di Lucca, che (a giudizio della ricorrente) avrebbe consentito l'ampliamento dell'impianto di distribuzione carburanti nella misura indicata nel progetto presentato;

c) con il terzo motivo, la società ha dedotto il vizio dell'eccesso di potere, per disparità di trattamento, essendo stati autorizzati, nella medesima area, interventi edilizi ben più rilevanti di quello da essa proposto;

d) con il quarto motivo, sono state contestate le conclusioni cui è giunto il comune di Lucca in ordine alla qualificazione giuridica dell'intervento edilizio proposto.

2.7. Come sopra evidenziato, con sentenza n. 1046 del 26 settembre 2022, il T.a.r. Toscana ha respinto il ricorso promosso da Gradi Gualtieri s.r.l., condannando altresì la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio.

3. Tanto premesso, la società Gradi Gualtieri s.r.l. ha contestato la sentenza impugnata con quattro articolati motivi di appello; ha riproposto poi, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. le censure (asseritamente) non esaminate dal giudice di primo grado.

4. Con memoria depositata in data 4 novembre 2024, la società appellante ha richiamato sommariamente le argomentazioni poste alla base dell'atto di appello, insistendo per la riforma della sentenza impugnata e il conseguente annullamento degli atti impugnati.

5. Il Comune di Lucca non si è costituito nel presente grado di giudizio.

6. All'udienza pubblica del 5 dicembre 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. Con il primo motivo di appello, la società appellante deduce: erronea motivazione circa un punto decisivo della controversia; omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia; violazione e falsa applicazione dell'art. 338 r.d. n. 1265/1934; violazione e falsa applicazione dell'art. 134 l.r. della Toscana n. 65/2014; violazione e falsa applicazione del principio del legittimo affidamento; violazione e falsa applicazione della delibera C.C. n. 372/1959; violazione dei principi in materia di autotutela; eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza dei presupposti, travisamento dei fatti, illogicità manifesta, irragionevolezza e carenza di motivazione.

7.1. L'appellante contesta la sentenza di primo grado, laddove il giudice di primo grado ha ritenuto di non attribuire rilevanza alla deliberazione consiliare n. 372 del 5 dicembre 1959 (recante riduzione del vincolo cimiteriale da 200 a 50 metri), in quanto ritenuta in contrasto con la previsione normativa contenuta nell'art. 338 r.d. 1265/1934.

In particolare, il giudice di primo grado ha evidenziato quanto segue: *“Anche nel caso di specie, dunque, la fascia di rispetto cimiteriale ha un'estensione di 200 metri, come stabilito in via generale dall'art. 338 del r.d. n. 1265/1934, che prevale sulla diversa previsione contenuta nella delibera comunale n. 372 del 5 dicembre 1959 e su ogni altra disposizione di natura regolamentare adottata dal Comune”*.

7.2. L'appellante fa rilevare che, con la deliberazione consiliare n. 372/1959, il comune di Lucca ha ritenuto che fossero sussistenti le ragioni di pubblico interesse per ridurre la fascia di inedificabilità da 200 metri a 50 metri; per effetto della riduzione della fascia di rispetto cimiteriale, l'area in questione

sarebbe stata completamente urbanizzata, con la realizzazione di impianti produttivi, abitazioni e capannoni all'interno della originaria fascia di 200 metri.

A suo giudizio, il vincolo cimiteriale sarebbe stato ridotto in modo generalizzato, a prescindere dalla tipologia dell'intervento edilizio proposto.

L'appellante reputa inconferenti i precedenti giurisprudenziali richiamati dal giudice di primo grado.

7.3. Il motivo è infondato.

7.3.1. Occorre preliminarmente ricostruire il quadro normativo di riferimento.

Con deliberazione n. 372 del 5 dicembre 1959, il Consiglio comunale di Lucca, dopo aver evidenziato che *“la zona di rispetto del cimitero di Antraccoli nell'attuale ampiezza viene a vincolare lo sviluppo edilizio in quella zona...”* ha deliberato *“di chiedere, ai sensi dell'art. 1 della legge 17.10.1957 n. 983, la riduzione della zona di rispetto del Cimitero di Antraccoli a metri 50”*.

L'art. 1 della l. n. 983/1957 disponeva:

“Il quarto comma dell'art. 338 del testo unico delle leggi sanitarie, approvato con regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, e così modificato:

«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, purchè 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»”.

Il quarto, il quinto, il sesto e il settimo comma dell'art. 338 del r.d. 27 luglio 1934 n. 1265 sono stati successivamente sostituiti, per effetto dell'art. 28, comma 1, lett. b), della l. 1 agosto 2002 n. 166, dalle seguenti disposizioni:

“Il consiglio comunale può approvare, previo parere favorevole della competente azienda sanitaria locale, la costruzione di nuovi cimiteri o l'ampliamento di quelli già esistenti ad una distanza inferiore a 200 metri dal centro abitato, purchè; non oltre il limite di 50 metri, quando ricorrano, anche alternativamente, le seguenti condizioni:

a) risulti accertato dal medesimo consiglio comunale che, per particolari condizioni locali, non sia possibile provvedere altrimenti;

b) l'impianto cimiteriale sia separato dal centro urbano da strade pubbliche almeno di livello comunale, sulla base della classificazione prevista ai sensi della legislazione vigente, o da fiumi, laghi o dislivelli naturali rilevanti, ovvero da ponti o da impianti ferroviari.

Per dare esecuzione ad un'opera pubblica o all'attuazione di un intervento urbanistico, purchè; 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.

Al fine dell'acquisizione del parere della competente azienda sanitaria locale, previsto dal presente articolo, decorsi inutilmente due mesi dalla richiesta, il parere si ritiene espresso favorevolmente.

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".

7.3.2. Tanto premesso, le censure dedotte dalla società appellante si rivelano prive di fondamento.

In disparte la considerazione, secondo la quale non risulta *ex actis* che alla deliberazione consiliare n. 372 del 5 dicembre 1959 abbia fatto seguito poi un provvedimento del Prefetto di riduzione della fascia di rispetto cimiteriale (ai sensi del quarto comma dell'art. 338 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, nella sua formulazione originaria), il Collegio deve rilevare che, come evidenziato anche nella nota prot. SUAP n. 58419/2021 del 29 aprile 2021 dell'Unità organizzativa 3.4 Sportello unico edilizia privata, la normativa sulla base della quale è stata adottata la deliberazione consiliare n. 372/1959 è stata superata, per effetto delle modifiche introdotte dalla l. 1 agosto 2002 n. 166 ai commi quattro, quinto, sesto e settimo dell'art. 338 del r.d. n. 1265/1934.

Per effetto delle modifiche introdotte dal legislatore nel 2002 l'edificazione in fascia di rispetto cimiteriale è consentita *"per dare esecuzione ad un'opera pubblica o all'attuazione di un intervento urbanistico, purché non vi ostino ragioni igienico-sanitarie...per la realizzazione di parchi, giardini e annessi, parcheggi pubblici e privati, attrezzature sportive, locali tecnici e serre"* (art. 338, comma V, r.d.n. 1265/1934), mentre nella fascia di rispetto cimiteriale *"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"* (art. 338, comma 7, r.d. n. 1265/1934).

7.3.3. Conformemente a consolidati principi giurisprudenziali, in relazione allo *ius superveniens*, il giudice di primo grado ha disapplicato la deliberazione consiliare n. 372/1959 (avente, nella sostanza, natura regolamentare), in quanto in contrasto con fonte normativa (sopravvenuta) di rango primario e ha respinto il ricorso di primo grado.

Per pacifica giurisprudenza, il giudice amministrativo può disporre la disapplicazione di un regolamento comunale, in applicazione delle regole sulla gerarchia delle fonti, quando si tratti di dare tutela ad un diritto soggettivo in sede di giurisdizione esclusiva, ovvero nei peculiari casi in cui il ricorso, in sede di giurisdizione di legittimità, va respinto perché l'atto impugnato, pur ponendosi in contrasto con una invocata norma regolamentare, risulti conforme alla legge, rispetto alla quale risulti cioè illegittimo il regolamento (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2015 n. 515).

8. Con il secondo motivo di gravame, la società appellante deduce: erronea motivazione circa un punto decisivo della controversia (sotto altro profilo); violazione e falsa applicazione dell'art. 338 r.d. n. 1265/1934 (sotto altro profilo); violazione e falsa applicazione della delibera c.c. n. 372/1959 (sotto altro profilo); eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza dei presupposti, travisamento dei fatti, illogicità manifesta, irragionevolezza e carenza di motivazione (sotto altro profilo).

8.1. La sentenza di primo grado sarebbe altresì erronea nella parte in cui il giudice di primo grado ha ritenuto che gli impianti di distribuzione carburanti non possano essere qualificati come opere pubbliche, ai sensi dell'art. 338, comma 5, r.d. n. 1265/1934.

Secondo il T.a.r. della Toscana, l'art. 338, comma 5 r.d. 1265/1934 consentirebbe la deroga al vincolo cimiteriale solo per la realizzazione di opere pubbliche *"in senso stretto"*.

L'interpretazione del giudice di primo grado si porrebbe in contrasto con il tenore letterale della norma che fa, genericamente, riferimento a opere pubbliche e a interventi urbanistici, prescindendo dal profilo soggettivo del soggetto proponente gli interventi edilizi.

Evidenza che, per pacifica giurisprudenza, gli impianti di distribuzione carburanti costituiscono opere di urbanizzazione che offrono un pubblico servizio; si tratterebbe di opere che, ancorché private, sono destinate ad assolvere un pubblico servizio e dunque, a giudizio della appellante, sono opere rilevanti ai fini della applicazione di quanto previsto dall'art. 338, comma 5, r.d. 1265/1934 e s.m.i.

8.2. Il motivo è infondato.

8.2.1. Come sopra evidenziato, la deliberazione consiliare n. 372/1959 è stata adottata sulla base di una normativa non più vigente al momento della adozione del provvedimento impugnato; quanto deliberato in quella sede non può essere invocato, ai fini del rilascio del titolo abilitativo richiesto dalla odierna appellante, essendo stato il relativo quadro normativo di riferimento superato per effetto delle modifiche apportate all'art. 338 r.d. n. 1265/1934 dalla l. n. 166/2002.

8.2.2. La tesi della invocata equiparazione degli impianti di distribuzione dei carburanti alle opere pubbliche, ai fini della applicazione della deroga al vincolo cimiteriale, ai sensi dell'art. 338, comma 5, r.d. n. 1265/1934 non può essere condivisa.

Gli impianti di distribuzione dei carburanti devono essere ricompresi fra le opere di urbanizzazione secondaria e, pertanto, sono da considerare infrastrutture complementari al servizio della circolazione stradale (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 7 novembre 2018 n. 6277); detti impianti non rientrano tuttavia nel novero delle opere pubbliche in senso stretto, ossia delle opere realizzate per conto e nell'interesse di un ente pubblico, e non possono beneficiare pertanto delle previsioni di cui all'art. 338, comma 5, r.d. n. 1265/1934 (nel testo emendato dalla l. n. 166/2002), che è norma eccezionale e di stretta interpretazione, che consente di costruire in zona di rispetto cimiteriale unicamente con riguardo alle fattispecie ivi previste (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 13 dicembre 2017 n. 5873).

9. Con il terzo motivo di gravame, l'appellante deduce: erronea motivazione circa un punto decisivo della controversia (sotto altro profilo); violazione e falsa applicazione dell'art. 338 r.d. n. 1265/1934 (sotto altri profilo); violazione e falsa applicazione dell'art. 134 l.r. della Toscana n. 65/2014 (sotto altro profilo); eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza dei presupposti, travisamento dei fatti, illogicità manifesta, irragionevolezza e carenza di motivazione (sotto altro profilo).

9.1. L'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui il giudice di primo grado ha evidenziato: *“Dall'altro lato, nel caso di specie non si ha nemmeno un semplice intervento di recupero di un edificio preesistente, funzionale all'utilizzo dello stesso, in quanto tale ammesso dall'art. 338, comma 7 cit., bensì il potenziamento di un impianto di distribuzione già funzionante, mediante la realizzazione di una nuova costruzione, ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. d) della L.R.T. n. 65/2014, che prevede (appunto) la “realizzazione d'infrastrutture e d'impianti, anche per pubblici servizi, che comporti la trasformazione in via permanente di suolo inedificato ...”*.

L'appellante fa rilevare che l'intervento oggetto del progetto presentato non può essere classificato, sotto il profilo edilizio, come intervento di *“nuova costruzione”*, ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. d) l.r. della Toscana 65/2014; si tratterebbe dell'ampliamento di un impianto esistente con inserimento di metano (prodotto ecocompatibile, non precedentemente erogato).

In particolare, il progetto prevede la realizzazione di una pensilina a protezione degli agenti atmosferici, un vano tecnico per il contenimento dell'attrezzatura per la compressione e lo stoccaggio di metano oltre alla realizzazione di alcuni posti auto.

L'intervento non configurerebbe né superfici utili, né volumetrie, che non sarebbero consentite dall'art. 142 N.T.A. del regolamento urbanistico comunale.

Ribadisce che gli impianti di distribuzione carburanti non possono ritenersi come “nuove costruzioni”, ma sono qualificati in giurisprudenza come opere di urbanizzazione secondaria che non vanno a incidere sul carico urbanistico.

Nel caso di specie, si tratterebbe di un mero intervento di ampliamento per l'installazione di erogatori di carburanti *green*.

9.2. Il motivo è infondato.

9.2.1. Il Collegio deve ribadire quanto già evidenziato ai punti precedenti della presente decisione.

La normativa invocata dalla odierna appellante (art. 338 r.d. n. 1265/1934) è stata modificata dalla l. n. 166/2002; ne consegue che la società appellante non può avvalersi di quanto disposto dalla deliberazione consiliare n. 372/1959, in quanto superata dalla disciplina legislativa sopravvenuta (l. n. 166/2002), che ha limitato la possibilità di riduzione della fascia di rispetto cimiteriale ad ipotesi tassative, non suscettibili di applicazione estensiva, nel cui novero non rientra l'intervento edilizio proposto dalla odierna appellante, che non può essere qualificato come “opera pubblica”, per carenza dei requisiti oggettivi e soggettivi.

9.2.2. Il procedimento attivabile dai singoli proprietari all'interno della zona di rispetto cimiteriale è soltanto quello finalizzato agli interventi, di cui all'art. 338, settimo comma, r.d. n. 1265/1934 e s.m.i. (*“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”*).

Nella nota dell'Unità organizzativa 3.4 Sportello Unico Edilizia privata del 29 aprile 2021, l'Amministrazione comunale ha evidenziato: *“L'intervento proposto dalla Ditta richiedente non rientra nelle casistiche suddette, trattandosi di un'opera di nuova costruzione ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. d) della L.R. 65/2014 (Realizzazione di infrastrutture e di impianti, anche per pubblici servizi, che comporti la trasformazione in via permanente di suolo ineditato), come peraltro pacificamente riconosciuto dall'istante mediante asseverazione riportata nel modello di presentazione telematica dell'istanza. Sebbene risulti comunque assorbente, rispetto all'osservazione formulata, la circostanza che l'intervento integra fattispecie di nuova costruzione, si osserva come, in ogni caso, anche ove lo stesso fosse qualificato come ampliamento, l'incremento di superficie coperta, nonché quello di superficie fondiaria, risulterebbero ben superiori al suddetto limite legale del 10%”*.

Orbene, le generiche allegazioni della società appellante non sono idonee a superare le puntuali motivazioni poste dalla Amministrazione comunale alla base del provvedimento impugnato.

10. Con il quarto motivo di gravame, la società appellante deduce: erronea motivazione circa un punto decisivo della controversia (sotto altro profilo); violazione e falsa applicazione dell'art. 338 r.d. n. 1265/1934 (sotto altro profilo); violazione e falsa applicazione dell'art. 134 l.r. della Toscana n. 65/2014 (sotto altro profilo); violazione e falsa applicazione del principio del legittimo affidamento (sotto altro profilo); violazione e falsa applicazione della delibera c.c. n. 372/1959 (sotto altro profilo); violazione dei principi in materia di autotutela (sotto altro profilo); eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza dei presupposti, travisamento dei fatti, illogicità manifesta, irragionevolezza e carenza di motivazione (sotto altro profilo).

10.1. Nella sentenza impugnata si legge infine che: *“Infine - a prescindere dal fatto che la ricorrente non ha dimostrato la presenza, la natura e l'epoca di realizzazione di altre opere eventualmente presenti nella fascia di rispetto cimiteriale - va ricordato che il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento, in forza del principio di legalità dell'azione amministrativa, non è invocabile sulla base della mancata estensione di un'azione amministrativa non conforme ai parametri di legittimità; pertanto, a fronte della legittimità del diniego opposto dal Comune - in forza dell'art. 338 del r.d. n. 1265/1934 - alla realizzazione dell'intervento di cui è controversia, l'eventuale presenza di altri edifici nell'area vincolata non potrebbe comunque determinare la legittimità dei provvedimenti impugnati (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 29 giugno 2018, n. 4324)”*.

La società appellante contesta le conclusioni del giudice di primo grado; dalla relazione tecnica e dalla documentazione fotografica deposita in giudizio si evincerebbe con chiarezza che all'interno della fascia di rispetto di 200 metri dal cimitero di Antraccoli sarebbero state realizzate nel corso degli anni importanti opere edilizie e impianti produttivi, peraltro privi dei requisiti di pubblica utilità.

Evidenza che neppure l'Amministrazione comunale ha negato la presenza di opere edilizie assentite all'interno della fascia di rispetto cimiteriale in questione.

In secondo luogo, sostiene che le conclusioni cui è pervenuto il giudice di primo grado si fonderebbero sull'erroneo presupposto che la deliberazione consiliare n. 372/1959 sia illegittima; a tale riguardo, ribadisce che la predetta deliberazione consiliare è stata adottata in conformità all'art. 338 r.d. 1265/1934 e che sulla base di essa sono stati assentiti gli interventi di terzi nella medesima area; di qui il dedotto vizio di eccesso di potere, per disparità di trattamento.

In sintesi, la società appellante sostiene che, se per le aree limitrofe l'Amministrazione comunale ha ritenuto valida ed efficace la deliberazione consiliare n. 372/1959, autorizzando in fascia di rispetto cimiteriale altri interventi edilizi, analogamente dovrebbe ritenere (sulla base della medesima deliberazione) ammissibile anche l'intervento edilizio da essa proposto.

10.2. Il motivo è infondato.

10.2.1. Secondo principi giurisprudenziali consolidati, di recente ribaditi da questa Sezione, la censura di eccesso di potere per disparità di trattamento, a fronte di scelte discrezionali dell'Amministrazione, è riscontrabile soltanto in caso di assoluta identità di situazioni di fatto e di conseguente assoluta irragionevole diversità del trattamento riservato, (situazioni) la cui prova rigorosa deve essere fornita dall'interessato, con la precisazione che la legittimità dell'operato della Pubblica Amministrazione non può comunque essere inficiata dall'eventuale illegittimità compiuta in altra situazione (Consiglio di Stato, sez. sez. IV, 13 settembre 2024 n. 7554).

10.2.2. Orbene, la società contesta il provvedimento impugnato per eccesso di potere, sotto il profilo della disparità di trattamento, senza tener conto del fatto che il quadro normativo di riferimento (ossia, l'art. 338 r.d. n. 1265/1934) è stato modificato nel corso del tempo, con la conseguenza che interventi edilizi assentiti in passato non possono essere più ammessi, al di fuori delle ipotesi tassative individuate dall'art. 338 r.d. n. 1265/1934 (nella nuova formulazione).

In ogni caso, non possono costituire termine di paragone, ai fini dello scrutinio della legittimità degli atti impugnati, atti e provvedimenti estranei rispetto all'oggetto del presente giudizio.

12. La società appellante ripropone poi, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. i motivi (asseritamente) non esaminati dal T.a.r. Toscana, deducendo quanto di seguito indicato.

12.1. La società appellante sostiene che il provvedimento di diniego reso dall'U.O. 3.4 Sportello Unico Edilizia privata del 29 aprile 2021 (al pari dell'atto di diniego SUAP n. 122/2021) sarebbe illegittimo

nella parte in cui l'Amministrazione comunale ha ritenuto che la riduzione a 50 metri della fascia di rispetto cimiteriale, intervenuta con la deliberazione consiliare n. 372 del 5 dicembre 1959, non possa operare per le seguenti motivazioni:

“(...) • La riduzione operata con Deliberazione di Consiglio Comunale n. 372 del 5/12/1959, approvata con decreto del Medico Provinciale n. 4190 in data 13/04/1960, era motivata per “disciplinare lo sviluppo edilizio delle zone di campagna favorendo tale sviluppo intorno ai nuclei abitati esistenti e quindi consentendo l’ampliamento delle corti di pianura”. Essa era stata deliberata in forza della modifica intervenuta con la L. 983/1957 dell’art. 338 comma 4 (...). Tale modifica è stata poi superata dalla L. 166/2002, che ha portato all’attuale formulazione del citato art. 338 della R.D. 1265/1934: è quest’ultima formulazione di cui è necessario tener conto nella attuale applicazione della disciplina del vincolo: secondo questa formulazione si ribadisce che “i cimiteri devono essere collocati alla distanza di almeno 200 metri dal centro abitato. È vietato costruire intorno ai cimiteri nuovi edifici entro il raggio di 200 metri dal perimetro dell’impianto cimiteriale, quale risultante dagli strumenti urbanistici vigenti nel comune o, in difetto di essi, comunque quale esistente in fatto, salvo le deroghe previste dalla legge” (...)

• L’art. 338 commi 5 e 6 del R.D. 1265/1934 citato riguarda la deroga possibile solo per “dare esecuzione ad un’opera pubblica o all’attuazione di un intervento urbanistico” ovvero per “la realizzazione di parchi, giardini e annessi, parcheggi pubblici e privati, attrezzature sportive, locali tecnici e serre”. Stante la natura derogatoria della norma citata, essa si applica solo alle fattispecie elencate, tra cui non vi è ricompresa un’attività commerciale di vendita carburanti (...). L’opera non appare quindi pertinente.

• La carta ricognitiva dei vincoli dell’attuale strumento urbanistico comunale riporta una fascia di rispetto di 50 m, che tuttavia non può trovare applicazione (...).

La società appellante contesta le motivazioni allegate dall'Amministrazione, facendo rilevare che la riduzione della fascia di rispetto cimiteriale disposta dal comune di Lucca, con delibera consiliare n. 372 del 5 dicembre 1959, è espressione della facoltà riconosciuta dall’art. 338 r.d. n. 1265/1934.

Quanto disposto dalla deliberazione consiliare non può essere disapplicato a danno della odierna appellante; a suo giudizio, il vincolo cimiteriale è stato ridotto dal comune di Lucca in modo generalizzato e dunque, al di fuori di tale fascia di rispetto, non può che operare la vocazione edificatoria contemplata dagli strumenti urbanistici.

Ove il Comune di Lucca avesse ritenuto superati i presupposti sottesi alla adozione della deliberazione consiliare, avrebbe dovuto provvedere in autotutela all’annullamento di tale atto.

Contesta la tesi del comune di Lucca secondo cui, ai sensi dell’art. 338, comma 5, r.d. 1265/1934, l’edificazione in deroga al vincolo cimiteriale è consentita solo per la realizzazione di opere pubbliche “in senso stretto”.

Evidenzia che, quanto ai profili urbanistici, la realizzazione degli impianti di distribuzione carburanti è compatibile con qualsivoglia destinazione di zona e che gli strumenti urbanistici e, più in generale, le norme in materia di pianificazione del territorio non possono imporre limitazioni alla realizzazione degli impianti in questione.

12.2. Sotto altro profilo, l’appellante sostiene che, anche nella denegata ipotesi in cui l’area di sedime dell’intervento edilizio proposto dovesse essere ricompresa nella fascia di rispetto cimiteriale, si tratterebbe comunque di un intervento conforme agli strumenti urbanistici vigenti.

L'art. 135.4 NTA RU Lucca recita, infatti, che: *“per gli edifici circostanti con l'attrezzatura cimiteriale e rientranti nella fascia di rispetto, così come individuata nelle Tavole di Regolamento Urbanistico, ai sensi delle leggi e dei regolamenti vigenti, sono consentiti gli interventi recupero ovvero interventi funzionali all'utilizzo dell'edificio stesso, fra cui l'ampliamento nella percentuale massima del 10% e i cambi di destinazione d'uso”*.

Ribadisce che l'intervento edilizio proposto concerne l'ampliamento di un impianto di distribuzione carburanti già esistente, al fine di consentire anche la erogazione di metano (prodotto ecocompatibile, non precedentemente erogato); nello specifico, sarà realizzata una pensilina a protezione degli agenti atmosferici, un vano tecnico per il contenimento dell'attrezzatura per la compressione e lo stoccaggio del metano, oltre alla realizzazione di alcuni posti auto.

La società ribadisce che gli impianti di distribuzione carburanti non possono ritenersi come “nuove costruzioni”, ma sono stati qualificati come opere di urbanizzazione secondaria che non vanno a incidere sul carico urbanistico.

12.3. L'irragionevolezza delle conclusioni cui è pervenuta l'Amministrazione comunale si ricaverebbe altresì dal fatto che all'interno della fascia di rispetto di 200 metri dal Cimitero di Antraccoli sono state realizzate, nel corso degli anni, importanti opere edilizie e impianti produttivi, peraltro prive dei requisiti di pubblica utilità.

12.4. Il provvedimento di diniego impugnato sarebbe illegittimo nella parte in cui replica alle dirimenti considerazioni contenute al punto 2.4) delle osservazioni presentate il 31 marzo 2021 dalla società in ordine alle finalità di pubblico servizio dell'impianto di distribuzione carburante; l'appellante sostiene che in questo modo il comune di Lucca avrebbe tentato di sovvertire un principio pacificamente riconosciuto dal diritto vivente in materia, secondo cui gli impianti carburanti assolvono un pubblico servizio e proprio per tale ragione sono compatibili con ogni zona del territorio comunale.

12.5. Anche le censure sopra richiamate, che per alcuni aspetti sono una mera riproposizione di doglianze già esaminate, debbono essere disattese.

12.5.1. In primo luogo, il Collegio deve rilevare che la società appellante non tiene conto di quanto espressamente evidenziato nel provvedimento di diniego reso dall'Unità organizzativa 3.4 Sportello Unico Edilizia privata del 29 aprile 2021, ossia che la deliberazione consiliare n. 372/1959 è stata adottata sulla base di una normativa che *“...è stata poi superata dalla L. 166/2002, che ha portato all'attuale formulazione del citato art. 338 della R.D. 1265/1934: è quest'ultima formulazione di cui è necessario tener conto nella attuale applicazione della disciplina del vincolo:...”*.

La modifica legislativa dell'art. 338 del r.d. n. 1265/1934, introdotta dalla l. n. 166/2002, non può non avere rilevanza ai fini della disciplina giuridica da applicare nel caso di specie.

12.5.2. Il fatto che la deliberazione consiliare n. 372/1959 non sia stata formalmente annullata dalla Amministrazione comunale, in autotutela, non è giuridicamente dirimente, in quanto, come sopra evidenziato, il giudice amministrativo ha il potere di disapplicare atti di natura regolamentare, quando l'atto impugnato, pur ponendosi in contrasto con una invocata norma regolamentare, risulti conforme alla legge, rispetto alla quale risulti cioè illegittimo il regolamento (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2015 n. 515).

12.5.3. L'intervento edilizio proposto dalla società appellante non rientra nel novero degli interventi edilizi ammessi in fascia di rispetto cimiteriale dall'art. 338, commi 4 e 5, r.d. n. 1265/1934, come modificato dalla l. n. 166/2002.

Il fatto che l'intervento edilizio proposto dalla società appellante afferisca ad un impianto di distribuzione carburante, ossia ad un'opera di urbanizzazione secondaria, qualificabile come infrastruttura complementare al servizio della circolazione stradale, non consente la sua assimilazione alle opere pubbliche.

12.5.4. Secondo principi giurisprudenziali consolidati, il vincolo cimiteriale ha carattere assoluto e non consente in alcun modo l'allocazione sia di edifici, sia di opere incompatibili con il vincolo medesimo, in considerazione dei molteplici interessi pubblici che la fascia di rispetto intende tutelare, quali le esigenze di natura igienico sanitaria, la salvaguardia della peculiare sacralità che connota i luoghi destinati alla inumazione e alla sepoltura, il mantenimento di un'area di possibile espansione e della cinta cimiteriale (Consiglio di Stato, sez. VI, 9 marzo 2016, n. 949); esso è sganciato dalle esigenze immediate della pianificazione urbanistica, nel senso che esso si impone di per sé, con efficacia diretta, indipendentemente da qualsiasi recepimento in strumenti urbanistici, i quali non sono idonei, proprio per la loro natura, ad incidere sulla sua esistenza o sui suoi limiti (Consiglio di Stato, sez. IV, 22 novembre 2013, n. 5544; Cass. civ., sez. I, 17 ottobre 2011, n. 2011; Id., sez. I, n. 26326 del 2016, cit.).

La situazione di inedificabilità prodotta dal vincolo è suscettibile di venire rimossa solo in ipotesi eccezionali, in presenza delle condizioni individuate nell'art. 338, quinto comma, r.d. n. 1265/1934 e s.m.i. (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 13 dicembre 2017 n. 5873).

12.5.5. Con riguardo alla qualificazione dell'intervento edilizio proposto come mero ampliamento e non come "nuova costruzione", il Collegio di riporta a quanto evidenziato al punto 9.2.2. della presente decisione.

13. In conclusione, l'appello si rivela infondato e va respinto.

14. Non vi è luogo a provvedere sulle spese del presente grado di giudizio, stante la mancata costituzione in giudizio delle Amministrazioni intimato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Neri, Presidente

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere

Paolo Marotta, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Paolo Marotta

IL PRESIDENTE

Vincenzo Neri

IL SEGRETARIO