

Pubblicato il 04/05/2021

N. 00639/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00666/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 666 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Coginvest s.r.l. e Angela Cima, rappresentati e difesi dall'avvocato Eleonora Barneschi, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Cavour n. 106 e domicilio digitale come da pec da registri di giustizia;

contro

Comune di Viareggio, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Lidia Iascone, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia;

per l'annullamento

- della nota prot. 69017 del 16.11.2015, contenente "Comunicazioni dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza prot. Edilizia Privata n. 2253/2013, presentata per la realizzazione di un nuovo impianto di distribuzione carburanti posto nel Comune di Viareggio";
- della nota del 29.1.2016, recante diniego n. 20 del 29.1.2016;
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso;

nonché, per quanto occorrer possa, *in parte qua*,

- della deliberazione del Consiglio Comunale n. 68 del 17.7.2001 avente ad oggetto l'approvazione del Piano comunale di distribuzione carburanti e delle allegate NTA, entrambe nella parte in cui si pongono a contrasto con le normative nazionali in tema di localizzazione degli impianti di distribuzione carburanti;

- di tutte le previsioni di cui alle NTA della variante generale al PRG vigente laddove limitino a determinate zone la localizzazione degli impianti di distribuzione carburanti,

e per la condanna al risarcimento del danno in caso di mancata condanna della resistente all'emissione del provvedimento denegato,

nonché per l'annullamento, chiesto con motivi aggiunti,

del provvedimento datato 13.4.2016, di annullamento in autotutela dell'atto impugnato col ricorso principale,

e per la condanna al risarcimento del danno.

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

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2021 il dott. Gianluca Bellucci e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla L. 18 dicembre 2020, n. 176 e s.m.i.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La signora Angela Cima e Cogeinvest s.r.l. hanno la disponibilità di un terreno, in relazione al quale quest'ultima, in data 21.10.2013, presentò domanda di permesso di costruire per la realizzazione di un impianto di carburanti.

Ad esito della Conferenza dei Servizi aperta l'8 aprile 2014 i vari enti coinvolti (compreso il Settore edilizia del Comune di Viareggio e il Comandante della Polizia Municipale) hanno espresso parere favorevole.

Successivamente, in data 6.8.2015, la società istante ha presentato una richiesta di modifica e integrazione della precedente pratica edilizia.

Sono seguiti il preavviso di rigetto del Comune, le osservazioni dell'interessata e infine l'adozione del provvedimento di diniego datato 29.1.2016, motivato sulla base delle NTA del piano distribuzione carburanti, dell'art. 232 della L.R. n. 65/2014 (nella parte in cui, fino all'adozione del piano operativo, non consente la trasformazione permanente del suolo inedificato), dell'art. 4, comma 2, della L.R. n. 65/2014 (il quale ammette impegno di suolo non edificato a fini insediativi o infrastrutturali solo nell'ambito del territorio urbanizzato individuato dal piano strutturale), dell'individuazione del territorio urbanizzato del Comune di Viareggio desunta dall'art. 224 della L.R. n. 65/2014 (norma transitoria secondo cui, nelle more della formazione di nuovi strumenti di pianificazione territoriale e ai fini del perfezionamento delle varianti urbanistiche, è territorio urbanizzato la parte non individuata come area a prevalente o esclusiva destinazione agricola nei piani strutturali vigenti) e infine sulla base della circostanza che l'area oggetto del progettato intervento ricade nella zona a funzione agricola ai sensi del piano strutturale, con conseguente violazione dell'art. 4, comma 2, della L.R. n. 65/2014 (stante la definizione di territorio urbanizzato contenuta nell'art. 224).

Avverso il suddetto diniego la ricorrente è insorta deducendo:

- 1) Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, del principio di buona amministrazione e del giusto procedimento; eccesso di potere per carenza di motivazione, totale trascuratezza delle deduzioni.

L'amministrazione non ha considerato le osservazioni presentate ad esito

del preavviso di diniego.

2) Quanto alla parte dell'atto impugnato riferita alle NTA del piano di distribuzione dei carburanti: violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 32/1998 e degli artt. 54 e 59 della L.R. n. 28/2005; violazione delle norme in tema di localizzazione di impianti di distribuzione di carburante.

3) Eccesso di potere per contraddittorietà (stanti gli esiti della pregressa conferenza di servizi) e per carenza di motivazione.

4) Violazione degli artt. 4, 224 e 232 della L.R. n. 65/2014; violazione delle norme della stessa in punto di regime transitorio applicabile ed erronea applicazione del citato art. 4.

Quanto al richiamato art. 232: esso vieta, fino all'adozione del piano operativo, gli interventi di cui all'art. 134, comma 1, lettere a, b, f, l, della L.R. n. 65/2014, ma l'impianto in questione rientra nella lettera "d" (infrastrutture e impianti anche per pubblici servizi), estranea al divieto sancito dall'art. 232.

Quanto al richiamato art. 4 della L.R. n. 65/2014: esso consente l'impegno del suolo non edificato solo nel territorio urbanizzato, da intendersi nei sensi di cui all'art. 224, il quale però opera ai soli fini del perfezionamento delle varianti urbanistiche o ai fini degli interventi di rigenerazione urbana, e comunque non può superare l'art. 2 del d.lgs. n. 32/1998, il quale ammette l'installazione degli impianti *de quibus* anche nelle zone agricole.

5) Violazione del principio di buona amministrazione, eccesso di potere per ingiustizia manifesta; violazione dell'affidamento, anche relativamente all'iter scaturente dalla precedente conferenza di servizi.

6) Ulteriore profilo di violazione del principio di buona amministrazione, eccesso di potere per ingiustizia manifesta.

7) Richiesta risarcitoria.

In pendenza del gravame il Comune, pronunciandosi in autotutela dopo avere ricevuto dall'interessata la diffida a revocare il diniego di permesso di

costruire, con provvedimento del 13.4.2016 ha annullato in autotutela il diniego limitatamente alla parte riferita alla violazione delle NTA del piano di distribuzione dei carburanti e lo ha confermato per il resto.

Avverso il sopravvenuto provvedimento la ricorrente è insorta con motivi aggiunti depositati in giudizio il 12.7.2016, incentrati sulle seguenti censure:

I) è ripetizione del quarto rilievo dedotto col ricorso principale;

II) è ripetizione sostanziale del secondo motivo proposto col ricorso principale, in punto di liberalizzazione degli impianti di distribuzione dei carburanti, e del terzo motivo;

III) è ripetizione del quinto rilievo del ricorso principale;

IV) è ripetizione della sesta censura del ricorso principale.

Si è costituito in giudizio il Comune di Viareggio, il quale ha eccepito l'improcedibilità del ricorso principale nella parte in cui censura il rilievo ostativo al rilascio del permesso di costruire espresso nell'atto impugnato e annullato in autotutela col provvedimento datato 13.4.2016.

Il Comune ha altresì eccepito che il sopravvenuto regolamento urbanistico approvato con deliberazione consiliare n. 52 del 4.11.2019 ha confermato la classificazione dell'area in questione, già prevista dal piano strutturale, come invariante strutturale "Assetto podereale di impianto storico" (art. 9.1 delle NTA del regolamento urbanistico), per la quale l'art. 18 delle NTA del piano strutturale ammette il recupero, e come invariante strutturale "Rete dell'acqua" (artt. 5 e 14 delle NTA del PS). Su tale presupposto è stata eccepita l'improcedibilità, per carenza di interesse, del ricorso e dei motivi aggiunti, stante l'omessa impugnazione del sopravvenuto regolamento urbanistico, lesivo per il ricorrente, con la precisazione che, anche in caso di accoglimento del gravame, la realizzazione dell'intervento non sarebbe ammissibile (pagina 15 della memoria di replica depositata in giudizio il 16.2.2021), in quanto l'esito positivo della riedizione dell'istruttoria sulla domanda di permesso di costruire sarebbe comunque precluso dal

regolamento urbanistico.

Sul punto la difesa della ricorrente ha obiettato che l'art. 48 del regolamento urbanistico, nella versione definitivamente approvata, consente la realizzazione di impianti di carburante fuori dalle zone A e B (l'area in questione rientra in zona agricola E2), e che la disciplina dell'invariante "Assetto poderale di impianto storico" ammette, all'art. 9.1 delle NTA, interventi edilizi, sia pure a condizione di un previo studio che dia atto della conservazione degli elementi tutelati.

All'udienza del 9 marzo 2021 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Come eccepito dal Comune di Viareggio, è improcedibile la seconda censura dedotta col ricorso principale, in quanto la parte dell'impugnato diniego alla quale fa riferimento la censura stessa, riguardante la violazione delle NTA del piano di distribuzione dei carburanti, è stata annullata in autotutela con il provvedimento oggetto dei motivi aggiunti.
2. Infondata è invece l'eccezione di improcedibilità del ricorso basata sull'assunto secondo cui il sopravvenuto regolamento urbanistico sarebbe comunque ostativo al rilascio del permesso di costruire.

Il Collegio osserva, alla luce delle sopraggiunte norme del regolamento urbanistico richiamate dalle parti, che l'art. 48 del regolamento medesimo (allegato n. 11 depositato in giudizio dalla ricorrente il 27.1.2021) esclude l'installazione dei distributori di carburante dalle zone A e B e dagli ambiti dell'arenile, della passeggiata a mare e della pineta, ma non dalle invarianti strutturali citate dalla difesa del Comune e dalla zona E2 in cui ricade l'area di interesse delle ricorrenti. Inoltre, l'art. 9.1 delle NTA del regolamento urbanistico consente, nella zona oggetto dell'invariante "assetto poderale di impianto storico", interventi edilizi, sia pure condizionati da uno studio dimostrante la conservazione degli elementi tutelati. Per quanto riguarda l'invariante "rete dell'acqua", l'art. 7 delle NTA del regolamento urbanistico

(documento n. 3 depositato in giudizio dal Comune il 27.1.2021) non contiene precetti ostativi in assoluto all'installazione di impianti di distribuzione di carburanti, fatta eccezione per il previsto obbligo di rispettare la distanza di 10 metri dalla sponda del corso d'acqua e per il divieto di modificare il tracciato delle individuate strutture idrauliche, ma il Comune mai ha contestato la violazione di tale obbligo e di tale divieto, né essa risulta dalle planimetrie allegate alla domanda di permesso di costruire e depositate in giudizio.

Ciò precisato, entrando nel merito della trattazione del ricorso introduttivo, valgono le seguenti considerazioni.

3. Con la prima censura l'istante deduce che l'amministrazione non ha dato contezza delle ragioni per le quali ha disatteso le osservazioni presentate in sede di partecipazione al procedimento.

La doglianza non è condivisibile.

Il Comune ha esaminato le argomentazioni dedotte dall'interessata ad esito del preavviso di diniego, come risulta dalla premessa dell'impugnato provvedimento, e le ha ritenute inidonee a superare la valenza ostativa della disciplina urbanistico edilizia di riferimento.

Quindi la motivazione posta a suffragio dell'atto impugnato costituisce anche la ragione per la quale l'amministrazione ha ritenuto di non accogliere le osservazioni della parte istante.

4. La seconda censura è invece, come visto, improcedibile.

5. Con il terzo mezzo le ricorrenti lamentano il contrasto con il parere reso dal Comune nella precedente conferenza di servizi.

Il motivo non ha pregio.

Da un lato rileva il fatto che la conferenza di servizi aveva esaminato un progetto che poi è stato cambiato dalla parte interessata, dall'altro rileva il fatto che si tratta di conferenza istruttoria e non decisoria. In ogni caso è consentito mutare linea interpretativa e modificare l'esito dell'istruttoria

prima dell'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento, alla luce di considerazioni in fatto e/o in diritto che devono essere esplicitate.

Orbene, nel giudizio espresso a supporto del gravato diniego, incentrato sulla disciplina transitoria della L.R. n. 65/2014, sta l'esplicitazione di tali considerazioni.

6. Con il quarto motivo le ricorrenti deducono che l'intervento de quo non è riconducibile all'art. 232 della L.R. n. 65/2014 nella parte in cui richiama l'art. 134, comma 1, lett. a; aggiunge che l'art. 224 della L.R. n. 65/2014 vale soltanto ai fini delle varianti urbanistiche, cosicché non può essere ostativo al rilascio del richiesto permesso di costruire.

La censura è fondata, nei sensi appresso precisati.

L'impianto di distribuzione di carburanti, al quale fa riferimento l'impugnato diniego, costituisce di per sé, in linea di principio, un'infrastruttura compatibile con qualunque destinazione urbanistica, salvo espressi divieti (Cons. Stato, V, 11.2.2019, n. 989; TAR Sicilia, Palermo, III, 25.7.2013, n. 1553).

La gravata determinazione ascrive l'opera progettata dalla parte istante (qualificata nell'impugnato provvedimento quale realizzazione di nuovo impianto di carburanti) all'art. 134, comma 1, lett. a, con la conseguenza che la stessa sarebbe preclusa dall'art. 232 della L.R. n. 65/2014.

Tuttavia la suddetta opera costituisce un'infrastruttura o un impianto, in entrambi i casi rientrante nella definizione prevista dall'art. 134, comma 1, lett. d, della L.R. n. 65/2014.

Orbene, l'art. 232, comma 3, della L.R. n. 65/2014 preclude gli interventi previsti dall'art. 134, comma 1, lettere a, b, f, l, e quindi non estende la valenza ostativa agli interventi previsti dalla lettera d dell'art. 134. L'impianto di distribuzione di carburante non costituisce infatti nuova edificazione, ovvero un nuovo manufatto identificato in via residuale dalla richiamata lettera "a" dell'art. 134, il quale esclude dal proprio ambito di

previsione le opere rientranti nelle altre lettere riportate nella norma, tra le quali la lettera “d”, abbinata appunto a infrastrutture e impianti, caratterizzati, a differenza delle nuove edificazioni, più che dalla rilevanza edilizia in termini di volumetria, dalla trasformazione permanente di suolo inedificato.

La valenza ostativa del combinato disposto dell’art. 232, comma 3, e dell’art. 134, comma 1, lett. a, della L.R. n. 65/2014 non si attaglia quindi al tipo di opera prevista nell’istanza di permesso di costruire presentata dalla parte ricorrente.

Tale considerazione vale non solo per l’impianto di distribuzione di carburanti vero e proprio ma anche per le relative pertinenze.

Nel caso di specie emergono infatti, in aggiunta all’impianto vero e proprio, il locale del gestore, il bar ristorante e la struttura di autolavaggio (per come risultanti dal documento n. 13 depositato in giudizio dal Comune: si vedano in particolare la relazione tecnica e le tavole n. 2, 3 e 6), i quali rilevano pacificamente tra le parti come strutture accessorie integrative ovvero come opere funzionali all’impianto.

7. Inappropriato è anche il riferimento dell’atto impugnato all’art. 224 della L.R. n. 65/2014.

Secondo il contestato diniego l’impianto in questione ricade fuori dal territorio urbanizzato per come definito dall’art. 224 della L.R. n. 65/2014 (“si considerano territorio urbanizzato le parti non individuate come aree a esclusiva o prevalente funzione agricola...”), con la conseguenza che, ai sensi dell’art. 4, comma 2, della L.R. n. 65/2014 (il quale non consente impegno di suolo inedificato né a fini insediativi né a fini infrastrutturali al di fuori del territorio urbanizzato), il progettato impianto di distribuzione di carburanti non sarebbe assentibile.

Occorre tuttavia considerare che, ai fini del rilascio del titolo edilizio, non può valere la suddetta definizione di territorio urbanizzato, in quanto il

citato art. 224 la introduce solo “ai fini del perfezionamento degli strumenti della formazione delle varianti al piano strutturale, al regolamento urbanistico o ai piani regolatori generali...nonché ai fini degli interventi di rigenerazione delle aree urbane degradate”, ipotesi queste che si pongono al di fuori della fattispecie in esame.

L'art. 224 della L.R. n. 65/2014 (il quale dà una definizione di territorio urbanizzato diversa da quella contenuta nell'art. 4) va infatti letto in combinazione con l'art. 25, in quanto consente, nel regime transitorio, l'immediato avvio della conferenza di copianificazione per la valutazione di nuove previsioni urbanistiche comportanti impegno di suolo non edificato all'esterno del territorio urbanizzato, ovvero è strumentale all'approntamento di una nuova pianificazione urbanistica.

In definitiva, il citato art. 224 non costituisce norma precettiva direttamente applicabile alla domanda di permesso di costruire.

8. La quinta censura si incentra sulla violazione del legittimo affidamento, indotto dall'esito della conferenza di servizi.

La doglianza non ha pregio.

Trattasi di conferenza istruttoria (non decisoria), il cui parere non è vincolante, talché prevale ed è assorbente l'aspetto sostanziale della fondatezza o meno delle ragioni giuridiche addotte a presupposto dell'istruttoria successiva alla conferenza di servizi e del conseguente diniego finale.

9. Il sesto motivo si incentra sull'ingiustizia manifesta e sulla violazione dell'art. 97 della Costituzione.

La censura non ha alcun pregio.

Rilevano nel caso di specie le norme urbanistiche ed edilizie di riferimento.

L'art. 97 della Costituzione non può costituire nel caso di specie un autonomo parametro normativo di riferimento. Inoltre, il rilascio del permesso di costruire è frutto di attività amministrativa vincolata, rispetto

alla quale non è prospettabile il vizio di eccesso di potere di cui è espressione l'ingiustizia manifesta. Peraltro la censura è formulata in modo generico, sulla base del "grave danno esponenzialmente crescente" arrecato alla società istante.

10. Con motivi aggiunti le ricorrenti hanno dedotto, avverso il sopraggiunto provvedimento del 13.4.2016, le censure già sollevate con la terza, quarta, quinta e sesta doglianza del ricorso principale.

Valgono al riguardo le considerazioni espresse nella trattazione di quest'ultimo.

11. Le esponenti hanno altresì riproposto il secondo rilievo dedotto col ricorso introduttivo, ritenendo che persista l'illegittimità ivi denunciata nonostante l'eliminazione, da parte del sopravvenuto atto di autotutela, del riferimento alle NTA del piano comunale carburanti. Con il suddetto rilievo le ricorrenti fanno leva sulla legislazione nazionale che ha liberalizzato il settore (legge n. 133 del 6.8.2008 e d.lgs. n. 32/1998) e che quindi avrebbe consentito la generale localizzazione degli impianti di distribuzione dei carburanti.

La doglianza è infondata.

Il Comune, con l'atto impugnato, non assume a presupposto una zonizzazione degli impianti di distribuzione dei carburanti ma, una volta soppresso il richiamo al piano comunale di tali impianti, fa leva su caratteristiche di alcune aree che, per la loro connotazione ai sensi della legge regionale, non ammetterebbero consumo di suolo inedito, il che è compatibile con l'art. 2 del d.lgs. n. 32/1998.

Inoltre è prospettabile anche nei settori liberalizzati l'applicazione di norme che, in regime transitorio e in via prudenziale, inibiscono un non pianificato consumo del suolo nelle more dell'approvazione degli strumenti urbanistici previsti dalla legislazione regionale, al fine di evitare che, prima dell'approvazione del piano operativo, nuove edificazioni compromettano

la possibilità di conservare il suolo ineditato e di regolamentarne l'uso in base alla rinnovata disciplina urbanistica.

In ogni caso, la censura in esame può ritenersi assorbita dai motivi di ricorso per i quali è stato espresso il giudizio di fondatezza.

12. Le ricorrenti hanno chiesto in via principale la condanna del Comune a rilasciare il titolo edilizio.

Orbene, l'accoglimento della suddetta domanda, la quale trova fondamento nell'art. 34, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 104/2010, presuppone necessariamente che la parte ricorrente deduca non solo i motivi afferenti i vizi del provvedimento impugnato ma anche la sussistenza di tutti quei presupposti e circostanze di fatto sulla scorta dei quali l'adozione del provvedimento richiesto può ritenersi doverosa.

Tuttavia la deduzione di tali presupposti non è esauriente nel caso in esame, giacché non risulta univocamente se il progetto in questione interessa il territorio urbanizzato quale autonomamente definito dall'art. 4, comma 2, della L.R. n. 65/2014 (riguardante anche la realizzazione delle infrastrutture).

Pertanto la domanda di annullamento può essere accolta ai soli fini del riesame.

13. Le ricorrenti hanno chiesto altresì la condanna al risarcimento del danno, sotto il duplice profilo del nocimento emergente e del lucro cessante.

Tale richiesta non è accoglibile, in quanto le interessate non hanno fornito alcuna prova circa l'an e il quantum del pregiudizio asseritamente subito.

14. In conclusione, per quanto riguarda la domanda di annullamento, il ricorso introduttivo deve essere in parte dichiarato improcedibile (in relazione alla parte del diniego datato 29.1.2016 incentrata sul contrasto con l'art. 5 delle NTA del piano comunale di distribuzione dei carburanti) e accolto per il resto; i motivi aggiunti devono essere accolti. Deve essere

respinta la domanda risarcitoria.

Per l'effetto, sono annullati gli impugnati dinieghi ai fini del riesame.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, dispone quanto segue:

-in parte dichiara improcedibile e in parte accoglie la domanda di annullamento proposta col ricorso principale;

-accoglie la domanda di annullamento proposta con i motivi aggiunti;

-respinge la domanda risarcitoria;

per l'effetto annulla gli impugnati dinieghi, ai fini del riesame.

Condanna il Comune di Viareggio a corrispondere alle ricorrenti la somma complessiva di euro 4.000 (quattromila) oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato, a titolo di spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito con modificazioni nella legge n. 176/2020 e come modificato dall'art. 1 del d.l. n. 183/2020, con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

Silvia De Felice, Referendario

L'ESTENSORE
Gianluca Bellucci

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO