



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA
LOMBARDIA

(Sezione II)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sul ricorso 1423/2008 proposto da:

AUS SRL, rappresentata e difesa dall'Avv. Umberto Grella, con domicilio eletto a Milano, in Via C. Battisti 21 ;

contro

Comune di Vedano al Lambro, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Maria Alessandra Bazzani, elettivamente domicilio a Milano, in Via Turati 26;

e nei confronti di

MARIANI ANNALISA e BOSSI MARIA, n.c.

per l'annullamento

del provvedimento del Comune di Vedano al Lambro prot. 4629 del 29.4.2008 denominato "atto di deroga in sanatoria" relativamente a lavori oggetto di DIA del 9.1.2007 e variante del 3.12.2007 presentate dai sigg. Bossi e Mariani;

e per l'accertamento

del diritto della società AUS a realizzare i corpi di fabbrica in sopraelevazione e ampliamento dell'esistente a distanza inferiore a 10 metri dal manufatto realizzato dai Sigg. Bossi e Mariani, come se tale manufatto risultasse irrilevante dal punto di vista urbanistico-edilizio-privatistico.

Visto il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione;

Visti atti e documenti di causa;

Uditi, relatore la Dott. Silvana Bini, ai preliminari della pubblica udienza del 4 Dicembre 2008 gli Avv. Grella per la società ricorrente e Recla in sostituzione dell'Avv. Bazzani;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue:

FATTO

La società AUS srl è proprietaria di una unità immobiliare nel Comune di Vedano al Lambro, confinante con l'immobile delle controinteressate, le quali hanno presentato una DIA in data 9.1.2007 per la realizzazione di un ascensore e di una scala, e successivamente una variante (n. 12/07).

Avendo verificato che la nuova costruzione, destinata appunto ad accogliere il vano ascensore e le scale, si collocava ad una distanza inferiore a 10 mt dall'immobile di sua proprietà, la AUS notificava al Comune un atto di diffida e messa in mora affinché venissero adottati i provvedimenti per annullare gli effetti della DIA del 9.1.2007 e del successiva variante n. 12/07.

Il procedimento, avviato con nota del 13.3.2008, si concludeva con il rilascio di un atto di deroga in sanatoria, a firma del Responsabile del Servizio Tecnico, in applicazione alla legislazione in tema di eliminazione delle barriere architettoniche, rilevando che la situazione dei luoghi non permette diverse soluzioni all'interno dell'edificio esistente.

Avverso l'atto di deroga in sanatoria la società ricorrente ha articolato le seguenti censure:

Incompetenza; Violazione e falsa applicazione dell'art 3 e 97 Cost; L. 241/90. 13/89, 1150/42, D.Lvo 267/00, DPR 380/01 L.R. 12/05; Violazione e falsa applicazione del vigente PRG; Violazione el principio di tipicità degli atti; eccesso di potere per sviamento, illogicità, contraddittorietà, travisamento di fatto, erronea rappresentazione della situazione di fatto e di diritto, difetto di motivazione, carenza istruttoria, ingiustizia manifesta, illegittimità derivata, disparità di trattamento: sostiene parte ricorrente nelle articolate censure l'illegittimità del provvedimento in quanto rilasciato dal Dirigente, mentre la concessione edilizia in deroga è di

competenza del Consiglio Comunale; la necessità di rispetto delle disposizioni in materia di distanze tra edifici; l'inammissibilità di una sanatoria in deroga.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione Comunale intimata, chiedendo il rigetto del ricorso.

In vista dell'udienza di merito le parti depositavano memorie a sostegno della propria tesi.

Alla pubblica udienza del 4 Dicembre 2008, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1) La società ricorrente impugna l'atto di deroga in sanatoria rilasciato dall'Amministrazione di Vedano al Lambro relativamente ad opere finalizzate all'eliminazione delle barriere architettoniche.

2) Ai sensi dell'art 26, secondo comma, L. n. 1034/1971 va preliminarmente esaminato il motivo relativo all'incompetenza del dirigente a rilasciare il provvedimento in deroga.

Sostiene infatti la ricorrente che il permesso di costruire in sanatoria rientra nella competenza del Consiglio Comunale e non dirigenziale e quindi l'atto di sanatoria in deroga avrebbe dovuto seguire lo stesso iter procedimentale, con il necessario intervento dell'organo consiliare.

Il motivo è fondato.

Ai sensi dell'art 40 comma I della L. R. 12/05, il permesso di costruire in deroga agli strumenti di pianificazione è rilasciato esclusivamente per edifici ed impianti pubblici o di interesse pubblico, previa deliberazione del consiglio comunale e senza necessità di preventivo nulla-osta regionale.

Il terzo comma stabilisce poi per ogni tipo di edificio, la possibilità di deroga ai fini dell'abbattimento delle barriere architettoniche e localizzative, nei casi ed entro i limiti indicati dall'articolo 19 della legge regionale 20 febbraio 1989, n. 6 (Norme sull'eliminazione delle barriere architettoniche e prescrizioni tecniche di attuazione). A sua volta l'art 19 prevede che *“Ai fini dell'abbattimento delle barriere architettoniche e localizzative, le concessioni ed autorizzazioni di edificazione relative ad*

interventi di manutenzione straordinaria, di restauro e di risanamento conservativo, nonché di ristrutturazione edilizia, come definiti dall'art. 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457, possono essere eccezionalmente e motivatamente rilasciate, ai sensi dell'art. 41 quater della legge 17 agosto 1942, n. 1150 e successive modificazioni, in deroga agli standard, limiti o vincoli previsti dagli strumenti urbanistici vigenti.”

In base alla lettura coordinata delle disposizioni il Collegio ritiene che il provvedimento in deroga abbisogni di un pronunciamento del Consiglio Comunale, anche nel caso in cui la deroga sia finalizzata all' abbattimento di barriere architettoniche: infatti il primo comma dell'art 40 L.R. 12/05, laddove prevede la previa deliberazione del Consiglio Comunale, detta una regola procedimentale generale, applicabile anche alla particolare fattispecie del terzo comma.

Ciò perché in entrambi i casi vengono esercitati, con il rilascio della concessione in deroga, poteri discrezionali in ordine all' opportunità di accordare o meno il titolo richiesto, che comporta un mutamento dell'assetto urbanistico edilizio previsto con gli strumenti di pianificazione, mutamento per il quale è necessaria l'approvazione dell'organo cui compete appunto la funzione pianificatoria.

La stessa regola procedimentale si ricava dall'art 19 L.R. 6/89, che, richiamando l'art. 41 quater della legge 17 agosto 1942, n. 1150 (oggi abrogato e trasfuso nel comma 1 dell'art. 14 del D.P.R. n. 380/2001), presuppone che anche la deroga rilasciata per l'abbattimento delle barriere architettoniche segua il procedimento di cui all'art 41 quater suddetto, che contempla il parere del Consiglio Comunale.

Se quindi il provvedimento in deroga presuppone una delibera consiliare, anche l'eventuale provvedimento di sanatoria necessita di detto atto presupposto.

Nel caso di specie il provvedimento è stato adottato solo dal Dirigente.

4. Le altre censure non possono essere qui valutate. Infatti, la fondatezza della censura di incompetenza determina unicamente la remissione dell'affare all'autorità indicata come competente, in applicazione dell'art.

26, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, ed impedisce l'esame delle altre doglianze che finirebbe, altrimenti, per risolversi in un giudizio anticipato sui futuri provvedimenti dell'organo riconosciuto come competente ed in un vincolo anomalo sulla riedizione del potere (da ultimo, Consiglio di Stato IV, 14.5.2007, n.2427).

Pertanto, dichiarato l'annullamento, l'affare va rimesso all'Amministrazione per l'adozione dei provvedimenti necessari da parte dell'organo competente, cioè il Consiglio Comunale.

In conclusione, alla stregua di quanto precede, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato e rimessione dell'affare all'organo consiliare competente.

In considerazione della novità della questione, sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizi tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. II, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato, e rimessione dell'affare all'Autorità competente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 4 Dicembre 2008,

con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio -Presidente

Silvana Bini- Referendario est.

Carmine Russo – Referendario