

N. 04763/2009 REG.SEN.
N. 00943/2004 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 Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 943 del 2004, proposto da:

Devescovi Eliana Sandra, rappresentata e difesa dall'avv. Patrizia Scarcello, domiciliata ex lege presso la segreteria del Tar, in Milano, via del Conservatorio, n. 13;

contro

Comune di Busnago, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Mariotti, presso il cui studio, in Milano, largo Schuster, n. 1, è elettivamente domiciliato;

nei confronti di

Provincia di Milano, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dell'ordinanza prot. n. 11336 reg. n. 43 del 2.12.2003 notificata il 6.12.2003, con cui il Comune di Busnago ha ordinato alla ricorrente il ripristino dello stato dei luoghi e la rimozione di una casetta in legno e di una recinzione in rete metallica, nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Busnago;

Visti i motivi aggiunti depositati in data 11 gennaio 2008 con cui la ricorrente impugna:

- il diniego di condono edilizio prot. n. 14142 del 19.10.2007;
- ove fosse ritenuta ammissibile l'interpretazione del Comune, l'art. 60 delle n.t.a. del p.r.g. adottato e l'art. 42 del p.r.g. vigente;
- ogni altro atto connesso, presupposto, connesso o consequenziale.

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 06/05/2009 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti gli avv. Scarcello e Giardina (in sostituzione di Mariotti);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. La ricorrente impugna l'ordine di demolizione prot. n. 11336 del 2.12.2003, avente ad oggetto una casetta di legno e una rete metallica, per i seguenti motivi:

I. violazione della l. n. 241/1990 e dell'art. 31, d.P.R. n. 380/2001 per difetto di motivazione;

II. eccesso di potere; motivazione errata; violazione e contrarietà dell'ingiunzione alle previsioni delle n.t.a. vigenti ed adottate; violazione degli artt. 18 e 30, d.lgs. n. 285/1992 e dell'art. 29, d.P.R. n. 495/1992;

III. violazione ed errata interpretazione degli artt. 3 e 31, d.P.R. n. 380/2001; violazione dell'art. 42 Cost.; violazione e contrarietà dell'ingiunzione alle previsioni delle n.t.a. vigenti e adottate; errata interpretazione del concetto di pertinenza urbanistica;

IV. eccesso di potere in relazione alla sanzione applicata; violazione e vizio di

interpretazione degli artt. 27 e 31, d.P.R. n. 380/2001.

2. Con ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente impugna il diniego di condono edilizio prot. n. 14142 del 19.10.2007, formulando le seguenti doglianze:

I. violazione dell'art. 10 bis, l. n. 241/1990; illegittimità del provvedimento di diniego;

II. violazione ed errata interpretazione dell'art. 33, lett. d), l. n. 47/1985 in relazione all'art. 32, c.27, lett. d), d.lgs. n. 269/2003; difetto di istruttoria e di motivazione; applicazione dell'art. 32, l. n. 47/1985; eccesso di potere; violazione dell'art. 18, d.lgs. n. 285/1992 e 28 e 29, d.P.R. n. 495/1992 in relazione alla natura delle opere realizzate e dell'art. 42 delle n.t.a. vigenti, dell'art. 60 delle n.t.a. adottate e dell'art. 45 del r.e.c.;

III. eccesso di potere per disparità di trattamento; violazione e difetto assoluto di istruttoria; difetto assoluto di motivazione in relazione agli artt. 32 e 33, l. n. 47/1985; violazione dell'art. 42 delle n.t.a. del p.r.g. vigente e dell'art. 60 delle n.t.a. del p.r.g. adottato;

IV. in via subordinata: illegittimità dell'art. 60 delle n.t.a. per violazione dell'art. 841 c.c. e dell'art. 18 del regolamento al codice della strada e dell'art. 28 del codice della strada, nonché dell'art. 97 Cost.

3. Si è costituito in giudizio il Comune di Busnago, contestando la fondatezza delle censure dedotte e l'irricevibilità per tardività delle censure svolte con il secondo e quarto motivo aggiunto: poiché esse non riguardano direttamente l'atto impugnato con i motivi aggiunti, avrebbero dovuto essere mosse con il ricorso principale.

4. All'udienza del 6 maggio 2009 il ricorso è stato ritenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso principale è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

2. Successivamente alla proposizione del ricorso, la ricorrente ha presentato istanza

di condono ai sensi dell'art. 32, d.lgs. n. 326/2003.

3. Con provvedimento prot. n. 14142 del 19.10.2007, il Comune di Busnago ha rigettato l'istanza.

4. La lesione alla sfera giuridica della ricorrente origina, ora, da questo nuovo provvedimento, impugnato con motivi aggiunti. L'ordinanza di demolizione, per effetto della presentazione dell'istanza di permesso di costruire in sanatoria e del successivo provvedimento di diniego, ha, difatti, perso la propria efficacia lesiva, con conseguente improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse (Cons. Stato, V, 21/11/2006, n. 6789; TAR Lazio, Roma, II, 4/5/2007, n. 3873; TAR Campania, Napoli, VI, 3/5/2007, n. 4659; TAR Puglia, Lecce, I, 3/4/2007, n. 1499; TAR Piemonte, I, 13/12/2006, n. 4654).

5. Il Collegio esamina ora le doglianze proposte con ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento di diniego di sanatoria.

6. Con tale atto il Comune di Busnago ha rigettato l'istanza di sanatoria, presentata ai sensi dell'art. 32, d.l. n. 269/2003, in quanto l'immobile sorge in zona assoggettata a vincolo di inedificabilità (fascia di rispetto stradale).

7. L'infondatezza nel merito delle censure dedotte consente di superare la preliminare eccezione di irricevibilità per tardività di alcuni motivi di ricorso, sollevata dalla difesa dell'amministrazione comunale.

8. La ricorrente sostiene che l'amministrazione ha errato nel ritenere applicabile la previsione di cui all'art. 33, l. n. 47/1985, relativa a ipotesi di inedificabilità assoluta; avrebbe dovuto invece dare applicazione all'art. 32 e, in particolare al comma 2, lett.c), in quanto il vincolo di fascia di rispetto stradale è relativo e non assoluto; la recinzione è rispettosa dell'art. 18, c. 4, d.lgs. n. 285/1992 e della distanza prevista dall'art. 28, d.lgs. n. 285/1992; la casetta in legno è da ritenersi ammissibile ai sensi dell'art. 29, d.lgs. n. 495/1992.

9. Le opere abusive in questione sono state realizzate su un'area vincolata a fascia di rispetto stradale.

10. Il vincolo è stato apposto dall'art. 42 delle n.t.a. del p.r.g. approvato con delibera della Giunta Regionale n. 56523 del 3 luglio 1990; il successivo p.r.g., approvato con delibera del C.C. dell'1.4.2004, ha confermato il vincolo (art. 60 n.t.a.).

11. L'art. 42 n.t.a. ha posto un vincolo di inedificabilità assoluta: preclude, difatti, l'edificabilità, senza condizionarla ad un previo parere o nulla osta.

12. La possibilità, ivi prevista, di realizzare nelle fasce di rispetto stradali, oltre a reti tecnologiche ed opere di pubblica utilità, recinzioni che abbiano determinate caratteristiche, subordinatamente all'approvazione dell'amministrazione responsabile della strada, va ad integrare delle mere eccezioni ad un vincolo che conserva, ciò nonostante, il proprio carattere di assolutezza, non andando ad inficiare il generale divieto di costruire nuovi edifici e ampliare quelli esistenti.

13. Anche nel vigore del vigente p.r.g., l'area continua ad essere soggetta al vincolo di inedificabilità assoluta derivante dall'essere posta in fascia di rispetto stradale. L'art. 60 vieta, difatti, in tali fasce la realizzazione di edifici o manufatti edilizi anche a carattere provvisorio, né, l'ammissibilità di "chioschi, edicole, impianti per il deposito e la distribuzione del carburante e manufatti similari", con vincolo di precarietà, nei limiti previsti dal codice della strada e dal suo regolamento di attuazione, attenua il vincolo di inedificabilità assoluta.

14. Il vincolo a fascia di rispetto stradale previsto dall'art. 42 delle n.t.a. è stato imposto prima della esecuzione delle opere: come dichiarato dalla stessa sig.ra Devescovi nell'istanza di sanatoria, la recinzione e la casetta in legno destinata a deposito attrezzi sono state ultimate nel 2001, successivamente, dunque, all'apposizione del vincolo di inedificabilità di cui all'art. 42, n.t.a. del p.r.g.,

avvenuta con delibera della Giunta Regionale n. 56523 del 3 luglio 1990 di approvazione del p.r.g. e successiva variante approvata con delibera della Giunta Regionale n. 40231 del 2 agosto 1993.

15. Né quanto genericamente asserito dalla ricorrente in ordine all'ampliamento della fascia di rispetto stradale ad opera del nuovo p.r.g. assume rilievo in quanto - come è attestato dal certificato di destinazione urbanistica rilasciato dal Comune il 26.4.2001 (doc. n. 2 della ricorrente) - anche nel vigore del p.r.g. approvato con delibera della G.R. n. 56523 del 3.7.1990, l'area risultava soggetta al medesimo vincolo di inedificabilità.

16. Tutto ciò preclude, il rilascio della concessione in sanatoria ai sensi dell'art. 33, l. 28 febbraio 1985 n. 47, senza che fosse necessario per l'amministrazione compiere valutazioni in ordine alla concreta compatibilità dell'opera con i valori tutelati dal vincolo.

17. Non può trovare, dunque, applicazione nel caso di specie l'art. 32, l. n. 47/1985 e, in particolare il comma 2, lett. c), che consente la sanatoria delle opere che risultino in contrasto "con le norme del decreto ministeriale 1° aprile 1968, n.1404, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 96 del 13 aprile 1968, e con gli articoli 16, 17 e 18 della legge 13 giugno 1991, n.190, e successive modificazioni", sempre che le opere stesse non costituiscano minaccia alla sicurezza del traffico, solamente se insistenti su aree "vincolate dopo la loro esecuzione".

18. La presenza di un vincolo di inedificabilità assoluta sull'area in questione, imposto prima dell'esecuzione delle opere, esclude, dunque, la sanabilità delle stesse ai sensi dell'art. 33, l. n. 47/1985, senza che assumano rilievo le norme dettate dal codice della strada e dal suo regolamento in tema di recinzioni e l'art. 45 del r.e.c. che detta le distanze dall'asse stradale delle recinzioni.

19. Il provvedimento è adeguatamente motivato mediante il riferimento al

presupposto di fatto della sussistenza del vincolo a fascia di rispetto stradale ed alla norma giuridica applicata (art. 33, l. n. 47/1985); né, attesa la natura vincolata del potere esercitato, è configurabile il vizio dell'eccesso di potere per disparità di trattamento, vizio che presuppone l'emanazione di provvedimenti che abbiano diversamente regolato situazioni soggettivamente ed oggettivamente identiche, nell'esercizio di un potere discrezionale da parte della medesima amministrazione.

20. Ai sensi dell'art. 21 octies della legge 7 agosto 1990, n. 241, in considerazione della natura vincolata del potere esercitato e della correttezza del contenuto dispositivo dell'atto impugnato, la mancata comunicazione di avvio del procedimento, censurata con il primo motivo di ricorso, non porta all'annullamento del provvedimento impugnato.

21. Sono, infine, infondate le censure proposte contro l'art. 60 delle n.t.a. per violazione dell'art. 841 c.c. e dell'art. 18 del regolamento al codice della strada e dell'art. 28 del codice della strada, nonché dell'art. 97 Cost.

22. Tale disposizione, nel prevedere un vincolo di inedificabilità nelle fasce di rispetto stradali, tutela le esigenze di sicurezza della circolazione e non presenta, pertanto, alcun profilo di illogicità; né viola l'art. 18 del Codice della strada e l'art. 28 del d.P.R. n. 495/1992, norme che si limitano a fissare le distanze minime delle costruzioni dal confine stradale.

23. Per le ragioni esposte, il ricorso è in parte improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ed in parte infondato.

24. Sussistono, nondimeno, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

In parte dichiara il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, in parte lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 06/05/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carmine Maria Spadavecchia, Consigliere

Silvia Cattaneo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/10/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO