

N. 00845/2010 REG.SEN.  
N. 02000/2005 REG.RIC.  
N. 02831/2007 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 2000 del 2005, proposto da:  
Tambara Antonietta, rappresentata e difesa dagli avv. Pio Rinaldi e  
Luigi Decio, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in  
Milano, piazza F. Meda, n. 3;

***contro***

Comune di Valganna, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio  
Chierichetti, domiciliato ex lege in Milano, via Corridoni n. 39,  
presso la segreteria del T.A.R.;

Soprintendenza provinciale per i beni architettonici e per il  
paesaggio, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distr.le Milano,  
domiciliata in Milano, via Freguglia, n. 1, presso la sua sede;

Regione Lombardia, non costituita in giudizio;

***nei confronti di***

Tresa Costruzioni s.a.s., rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Barile, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giancarlo Coduti, in Milano, via Lovanio, n. 5;

Sul ricorso numero di registro generale 2831 del 2007, proposto da: Tambara Antonietta, rappresentata e difesa dagli avv. Pio Rinaldi e Luigi Decio, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Milano, piazza F. Meda, n. 3;

***contro***

Comune di Valganna, rappresentato e difeso dall'avv. Emanuele Boscolo, domiciliato ex lege in Milano, presso la segreteria del Tar;

***nei confronti di***

Tresa Costruzioni s.a.s., rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Barile, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giancarlo Coduti in Milano, via Lovanio, n. 5;

Soprintendenza provinciale beni architettonici e paesaggio, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distr.le Milano, domiciliata in Milano, via Freguglia, n. 1, presso la sua sede;  
Regione Lombardia, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

quanto al ricorso principale n. 2000 del 2005:

- del permesso di costruire n. 39/04 del 27.4.2005 rilasciato a favore

della Tresa Costruzioni s.a.s., per la costruzione di due fabbricati residenziali;

- dell'autorizzazione paesaggistica rilasciata il 31.1.2005;
- del parere favorevole al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica espresso dalla commissione edilizia;
- del decreto della Comunità montana della Valganna del 13.3.2002, avente ad oggetto l'autorizzazione al taglio e sradicamento sul terreno relativo ai mappali 37 e 467;
- della delibera n. 32 del 21.11.2003 del Consiglio Comunale, di riadozione della variante al p.r.g. nella parte in cui ha disposto, in relazione ai mappali n. 37 e 4670 un nuovo azionamento;
- della delibera n. 33 del 27.9.2004 del Consiglio Comunale, nella parte in cui respinge le osservazioni proposte dalla sig.ra Tambura, nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso;

quanto al ricorso per motivi aggiunti di cui al ricorso n. 2000 del 2005 (erroneamente indicato come inerente al ricorso n. 2831 del 2007):

- del permesso di costruire in sanatoria n. 17/2008 rilasciato alla Tresa Costruzioni s.a.s. per la realizzazione di opere interne ed esterne di riposizionamento fabbricati e nuova disposizione, inerenti l'immobile edificato mediante permesso di costruire n. 39/2004;
- della certificazione di compatibilità paesaggistica rilasciata dal Comune il 9.9.2008;

d-el parere favorevole al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica espresso dalla Commissione edilizia;

-della delibera n. 32 del 21.11.2003 del Consiglio Comunale di riadozione della variante al p.r.g. - nella parte in cui ha posto i mappali n. 37 e n. 4670, di proprietà della Tresa Costruzioni s.a.s., in zona B1;

-della delibera n. 33 del 27.9.2004 del Consiglio Comunale di approvazione della variante;

nonché per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti;

quanto al ricorso n. 2831 del 2007:

- del permesso di costruire n. 88/07 dell'11.10.2007, rilasciato alla Tresa Costruzioni s.a.s. avente ad oggetto la formazione di muri di contenimento;

- dell'autorizzazione paesaggistica del 5.6.2007;

- del parere favorevole al rilascio dell'autorizzazione paesistica espresso dalla Commissione edilizia del 23.5.2007;

- della delibera n. 32 del 21.11.2003 del Consiglio Comunale, di riadozione della variante al p.r.g. nella parte in cui ha disposto, in relazione ai mappali n. 37 e 4670 un nuovo azionamento;

nonché per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Valganna, della

Soprintendenza provinciale per i beni architettonici e per il paesaggio, e di Tresa Costruzioni s.a.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2010 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori Pio Rinaldo, Antonio Chierichetti e Cesare Carlizzi (in sostituzione di Barile);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso 2000/2005, la sig.ra Tambara impugna il permesso di costruire n. 39/2004 del 27.4.2005 rilasciato dal Comune di Valganna alla confinante Tresa Costruzioni s.a.s., avente ad oggetto la costruzione di due fabbricati residenziali, l'autorizzazione paesaggistica rilasciata dal Comune il 31.5.2005, il parere favorevole al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica espresso dalla Commissione edilizia, il decreto della Comunità Montana della Valganna del 13.3.2002, avente ad oggetto l'autorizzazione al taglio e sradicamento del terreno di cui ai mappali 37 e 467, la delibera n. 32 del 23.11.2003 del Consiglio Comunale di riadozione della variante al p.r.g. - nella parte in cui ha posto i mappali n. 37 e n. 4670, di proprietà della Tresa Costruzioni s.a.s., in zona B1 - e la delibera n. 33 del 27.9.2004 del Consiglio Comunale di approvazione della variante.

2. Questi i motivi dedotti:

I. eccesso di potere per contraddittorietà con precedenti manifestazioni di volontà assunte dalla p.a.; carenza e difetto dei presupposti; illogicità ed irragionevolezza: il permesso di costruire assentito si pone in contrasto con il provvedimento sanzionatorio di ripristino dello stato dei luoghi del 7.3.2002;

II. falsa e mancata applicazione dell'art. 167, d.lgs. n. 42/2004; violazione art. 3.2 della d.G.R. Lombardia 25.7.1997, n. 6/30194; mancata applicazione dell'art. 21 quinquies, l. n. 241/1990; violazione art. 6, l. n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria; irragionevolezza: l'autorizzazione paesaggistica del 31.1.2005 è illegittima in quanto palesemente difforme dal precedente provvedimento di ripristino dello stato dei luoghi del 7.3.2002;

III. falsa e mancata applicazione dell'art. 6, l.n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria; irragionevolezza; quanto alla delibera n. 32 del 21.11.2003 del C.C. di riadozione della variante al p.r.g. e alla delibera n. 33 del 27.9.2004 del C.C.: eccesso di potere per violazione del principio di ragionevolezza e per contraddittorietà;

IV. violazione di legge per mancata e falsa applicazione dell'art. 3, l. n. 241/1990; eccesso di potere per contraddittorietà; illogicità; violazione dell'art. 6, l. n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria; irragionevolezza;

V. mancata e falsa applicazione dell'art. 41 quinquies, l. n. 1150/1942 e dell'art. 9, d.m. n. 1444/1968; eccesso di potere sotto il profilo

della violazione dell'art. 21 delle n.t.a. del p.r.g. adottato dal Comune: i fabbricati assentiti, e in particolare la palazzina D, sono posti rispetto al filo di fabbricato di proprietà della ricorrente, a distanza inferiore ai 10 m. prescritti dalla normativa di zona.

3. La ricorrente chiede, altresì, il risarcimento dei danni subiti.

4. Con motivi aggiunti depositati il 4.12.2008, la ricorrente impugna il permesso di costruire in sanatoria n. 17/2008 rilasciato alla Tresa Costruzioni s.a.s. per la realizzazione di opere interne ed esterne di riposizionamento fabbricati e nuova disposizione, inerenti l'immobile edificato mediante permesso di costruire n. 39/2004, la certificazione di compatibilità paesaggistica rilasciata dal Comune il 9.9.2008, il parere favorevole al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica espresso dalla Commissione edilizia, la delibera n. 32 del 21.11.2003 del Consiglio Comunale di riadozione della variante al p.r.g. - nella parte in cui ha posto i mappali n. 37 e n. 4670, di proprietà della Tresa Costruzioni s.a.s., in zona B1 - e la delibera n. 33 del 27.9.2004 del Consiglio Comunale di approvazione della variante.

5. La ricorrente chiede, inoltre, il risarcimento dei danni subiti.

6. Queste le censure dedotte:

I. violazione ed elusione del giudicato: violazione di legge per mancata e falsa applicazione dell'art. 21 septies, l. n. 241/1990; eccesso di potere per elusione di giudicato, carenza dei presupposti; irragionevolezza; contraddittorietà;

II. eccesso di potere per contraddittorietà con il precedente provvedimento sanzionatorio di ripristino dello stato dei luoghi rilasciato dal Comune il 7.3.2002; irragionevolezza; violazione dell'art. 167, d.lgs. n. 42/2004; violazione dell'art. 3.2 delle d.G.R. Lombardia 25.7.1997, n. 6/30194; violazione dell'art. 21 quinquies, l. n. 241/1990; violazione dell'art. 6, l. n. 241/1990; carenza di istruttoria sotto distinti profili;

III. quanto alla delibera n. 32 del 21.11.2003 del C.C. di riadozione della variante al p.r.g. e alla delibera n. 33 del 27.9.2004 del C.C.: eccesso di potere per violazione del principio di ragionevolezza e per contraddittorietà;

IV. invalidità in via derivata dei provvedimenti per tutte le censure proposte con il ricorso principale.

7. Con ricorso 2831/2007, la sig.ra Tambara impugna il permesso di costruire n. 88/2007 rilasciato dal Comune di Valganna alla confinante Tresa Costruzioni s.a.s. avente ad oggetto la formazione di muri di contenimento, l'autorizzazione paesaggistica prot. 2126/07 del 5.6.2007, il parere favorevole al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica espresso dalla Commissione edilizia del 23.5.2007, la delibera n. 32 del 21.11.2003 del Consiglio Comunale di Valganna, di riadozione della variante al p.r.g. - nella parte in cui ha posto i mappali n. 37 e n. 4670, di proprietà della Tresa Costruzioni, in zona B1 - e la delibera n. 33 del 27.9.2004 del Consiglio Comunale di approvazione della variante.



8. La ricorrente chiede, altresì, il risarcimento dei danni subiti.

9. Queste le censure dedotte:

I. violazione ed elusione del giudicato: violazione di legge per mancata e falsa applicazione dell'art. 21 septies, l. n. 241/1990; eccesso di potere; carenza dei presupposti; irragionevolezza; contraddittorietà: i provvedimenti adottati dall'amministrazione si pongono in netto contrasto con l'obbligo di remissione in pristino dello stato dei luoghi disposto con sentenza del Tribunale di Varese n. 706/2006;

II. violazione dell'art. 6, l. n. 241/1990; carenza di istruttoria; eccesso di potere per contraddittorietà con il precedente provvedimento sanzionatorio di ripristino dello stato dei luoghi rilasciato dal Comune il 7.3.2002; irragionevolezza: i provvedimenti impugnati sono stati adottati in contrasto con il contenuto di precedenti provvedimenti e, in particolare, con il verbale di sopralluogo per la determinazione dei punti fissi del 25.10.2004 e con il provvedimento sanzionatorio di ripristino dello stato dei luoghi prot. 3230/94;

III. violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990; violazione della delibera della G.R. Lombardia del 25.7.1997; eccesso di potere; irragionevolezza, sviamento, contraddittorietà: l'autorizzazione paesaggistica è priva di motivazione;

IV. violazione delle norme vincolistiche in tema di distanze e di vedute; violazione di legge per mancata e falsa applicazione dell'art. 21 delle n.t.a. del p.r.g. e dell'art. 41 quinquies, l. n. 1150/1942

nonché degli artt. 873 e 907 c.c.;

V. quanto alle delibere n. 32 del 21.11.2003 e n. 33 del 27.9.2004: eccesso di potere per violazione del principio di ragionevolezza e per contraddittorietà.

10. Il Comune di Valganna, il Ministero per i beni e le attività culturali e la Tresa Costruzioni s.a.s. si sono costituiti in entrambi i giudizi, contestando la fondatezza delle censure dedotte.

11. Con riferimento al ricorso r.g. 2831/2007, la difesa dell'amministrazione comunale ha preliminarmente eccepito la tardività della impugnazione della autorizzazione paesaggistica.

12. All'udienza dell'11 febbraio 2010 i ricorsi sono stati ritenuti per la decisione.

13. Il Collegio ritiene preliminarmente di disporre la riunione dei ricorsi attesa la connessione oggettiva e soggettiva tra gli stessi esistente.

14. Va, in primo luogo, dichiarata l'irricevibilità di entrambi i ricorsi nelle parti in cui lamentano l'illegittimità della delibera n. 32 del 21.11.2003 del Consiglio Comunale, di riadozione della variante al p.r.g. - laddove ha disposto, in relazione ai mappali n. 37 e 4670, un nuovo azionamento - e della delibera n. 33 del 27.9.2004 del Consiglio Comunale.

14.1 In tema di disposizioni dirette a regolamentare l'uso del territorio per gli aspetti urbanistici ed edilizi, contenute nel piano regolatore, nei piani attuativi o in altro strumento generale

individuato dalla normativa statale e regionale, la giurisprudenza distingue fra le prescrizioni che, in via immediata, stabiliscono le potenzialità edificatorie della porzione di territorio interessata (nel cui ambito rientrano le norme di c.d. "zonizzazione", di destinazione di aree a soddisfare gli standard urbanistici, di localizzazione di opere pubbliche o di interesse collettivo) dalle altre regole che più in dettaglio disciplinano l'esercizio dell'attività edificatoria, generalmente contenute nelle norme tecniche di attuazione del piano (n.t.a.) o nel regolamento edilizio (disposizioni sul calcolo delle distanze e delle altezze; sull'osservanza di canoni estetici; sull'assolvimento di oneri procedurali e documentali, ecc.).

14.2 Mentre per le prescrizioni di dettaglio contenute nelle n.t.a. - che, in ragione della loro natura regolamentare, sono suscettibili di ripetuta applicazione ed esplicano effetto lesivo nel momento in cui è adottato l'atto applicativo - le eventuali censure vanno proposte in occasione dell'impugnazione dell'atto applicativo medesimo, al contrario, nei confronti delle disposizioni che stabiliscono le potenzialità edificatorie di un'area (quali le delibere sopra citate), a causa dell'immediato effetto conformativo dello ius aedificandi che ne deriva, si impone un onere di immediata impugnativa, in osservanza del termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione dello strumento pianificatorio (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2007, n. 1567).

14.3. Le impugnazioni della delibera n. 32 del 21.11.2003 del

Consiglio Comunale, di riadozione della variante al p.r.g. e della delibera n. 33 del 27.9.2004, proposta con ricorso notificato il 29 giugno 2005 sono, pertanto, tardive.

15. Prima di proseguire l'esame dei ricorsi, occorre preliminarmente chiarire la vicenda di causa nella sua situazione di fatto.

15.1 La ricorrente è proprietaria di un terreno edificato che confina a monte con un'area di proprietà della Tresa Costruzioni s.a.s.; entrambe le aree sono poste in zona sottoposta a vincolo paesaggistico ai sensi del d.lgs. n. 42/2004.

15.2 In forza della concessione edilizia n. 37/91, la Tresa Costruzioni s.a.s. ha realizzato due fabbricati; ha altresì realizzato, in assenza di titolo abilitativo, un muro di altezza superiore agli 80 cm. previsti dalle norme regolamentari e posto in appoggio al muro di confine di proprietà della sig.ra Tambara, con relativi interventi di sbancamento e di livellamento del terreno.

15.3 La sig.ra Tambara ha proposto ricorso per denuncia di nuova opera davanti alla Pretura di Varese. A seguito della proposizione di tale ricorso, la società Tresa Costruzioni ha rinunciato alla concessione edilizia n. 37/91. Con sentenza n. 706 del 28.6.2006, il Tribunale di Varese ha condannato la Tresa Costruzioni s.a.s. alla remissione in pristino dello stato dei luoghi, con abbattimento del muro di contenimento ed eliminazione del terrapieno, oltre al pagamento della somma di euro 15.000 a titolo di risarcimento del danno.

15.4 Nel mentre il Comune ha rilasciato alla società Tresa Costruzioni una concessione edilizia in sanatoria che è stata, però, annullata con sentenza di questo Tar del 20.8.1998, n. 1957, per omessa comunicazione di avvio del procedimento alla confinante, ritenuta necessaria in considerazione della vicenda contenziosa esistente tra le parti.

15.5 Il 7 marzo 2002 l'amministrazione ha rilasciato alla Tresa Costruzioni s.a.s. una concessione in sanatoria per lavori di livellamento e sbancamento del terreno. Con provvedimento emesso nella stessa data, ha ritenuto che la realizzazione del muro fosse incompatibile con il paesaggio ed avesse provocato un danno ambientale; ha, quindi, ordinato:

- la demolizione del muro oggetto di sanatoria e la realizzazione, in sostituzione dello stesso, di una scarpata con inclinazione di naturale declivio ed inerbita;

- che il muro venga ridotto ad un'altezza massima di cm. 80 e non sia di sostegno e che rimanga solamente la parte di muro oggetto di concessione edilizia in sanatoria n. 34/92 del 19.1.1994;

- di chiedere, prima dell'inizio lavori, all'ufficio tecnico comunale i punti fissi, le modalità di intervento e le quote da mantenere. I punti fissi sono stati determinati con verbale del 21.5.2002.

15.6 Il Comune ha successivamente rilasciato alla Tresa Costruzioni s.a.s. la concessione edilizia n. 182/01, avente ad oggetto la realizzazione di due fabbricati residenziali. Tale atto è stato

impugnato dalla sig.ra Tambara e sospeso con ordinanza di questo Tar n. 171/03 per difetto di un adeguato esame delle problematiche legate alla stabilità della strada e del muro confinante con la proprietà Tambara.

15.7 In data 22.4.2004, la Tresa Costruzioni s.a.s. ha presentato un nuovo progetto per la realizzazione di due fabbricati residenziali. Il permesso di costruire n. 39/04 è stato impugnato dalla sig.ra Tambara con ricorso rg. n. 4906/04. L'amministrazione ha ritenuto opportuno non dare seguito a tale atto ed ha disposto la ripetizione dell'istruttoria. Il 4.5.2005, il Comune di Valganna ha rilasciato il permesso di costruire n. 39/04, oggetto del ricorso rg. n. 2000/2005.

15.8 Il Comune ha successivamente rilasciato alla Tresa Costruzioni s.a.s. un ulteriore permesso di costruire per "la formazione di muri di contenimento". Avverso tale atto la sig.ra Tambara ha proposto il ricorso rg. n. 2831/07.

15.9 Con permesso di costruire n. 17/08 – impugnato con motivi aggiunti nel ricorso rg. n. 2000/2005 – il Comune ha sanato la realizzazione di opere interne ed esterne e il riposizionamento di fabbricati e la nuova disposizione delle scale esterne inerenti l'immobile oggetto del permesso di costruire n. 39/04.

15.10 Infine, con sentenza n. 502/2009 del 12.5.2009, resa nel giudizio di opposizione a precetto, instaurato ai sensi dell'art. 615 c.p.c., dalla Tresa Costruzioni s.a.s., il Tribunale di Varese ha respinto l'opposizione ed ha accertato il diritto della sig.ra Tambara a

procedere all'esecuzione forzata, stante l'inadempimento da parte della Tresa Costruzioni s.a.s. alla sentenza n. 706 del 28.6.2006 in quanto il muro di contenimento per alcuni tratti non è stato abbattuto e non risulta eliminato il terrapieno.

16. Con il primo motivo del ricorso rg. n. 2000/2005 la ricorrente lamenta l'illegittimità del permesso di costruire n. 39/2004 del 27.4.2005 rilasciato dal Comune di Valganna alla confinante Tresa Costruzioni s.a.s., avente ad oggetto la costruzione di due fabbricati residenziali per contrasto con il provvedimento sanzionatorio di ripristino dello stato dei luoghi del 7.3.2002.

Con il secondo deduce l'illegittimità dell'autorizzazione paesaggistica rilasciata dal Comune del 31.5.2005 in quanto palesemente difforme dal precedente provvedimento di ripristino dello stato dei luoghi del 7.3.2002, per falsa e mancata applicazione dell'art. 167, d.lgs. n. 42/2004; violazione art. 3.2 della d.G.R. Lombardia 25.7.1997, n. 6/30194; mancata applicazione dell'art. 21 quinquies, l. n. 241/1990; violazione art. 6, l. n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria.

16.1 Entrambe le censure sono fondate.

16.2 Il permesso di costruire n. 39/04 è viziato per contraddittorietà rispetto al provvedimento del 7.3.2002 con cui l'amministrazione ha ordinato alla Tresa Costruzioni s.a.s. il ripristino dello stato dei luoghi.

16.3 Quest'ultimo atto è stato adottato ai sensi dell'art. 164, d.lgs. n.

490/99, norma che prevedeva, in caso di violazione degli obblighi e degli ordini previsti in materia di beni soggetti a tutela paesaggistica, la sanzione della rimessione in pristino dell'opera eseguita ovvero il pagamento di una somma di denaro equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato ed il profitto conseguito mediante la trasgressione. In caso di inottemperanza all'ordine di rimessione in pristino nel termine assegnato, l'amministrazione era tenuta a provvedere d'ufficio.

16.4 Il provvedimento sanzionatorio di ripristino del 7.3.2002 ha richiamato il parere della Commissione edilizia secondo cui il muro ha provocato un danno ambientale in quanto "la collocazione dello stesso dietro la recinzione in ferro preesistente e lo sdoppiamento ed il disallineamento prospettico della cortina formatasi nel complesso costituiscono un notevole impatto visivo ed ambientale, incompatibile con il paesaggio e lesivo dei valori paesistici a danno dell'ambiente". Ha, quindi, ordinato la demolizione del muro e la realizzazione in sostituzione di una scarpata inerbita.

16.5 Con l'autorizzazione paesaggistica n. 420 del 31.1.2005, il Comune ha, invece, affermato la compatibilità paesaggistica del progetto: non ha tenuto in alcuna considerazione l'esistenza del precedente provvedimento sanzionatorio né ha motivato sulle ragioni della differente valutazione operata.

16.6 Tale atto è dunque illegittimo essendo in contraddizione con il provvedimento sanzionatorio del 7.3.2002.



16.7 Il permesso di costruire n. 39/04 ha indicato le ragioni della decisione di non disporre d'ufficio il ripristino dello stato dei luoghi affermando che nel periodo di efficacia della concessione edilizia n. 182/01, "nel rispetto delle previsioni della stessa, erano già stati eseguiti i lavori di formazione del piano di accesso, con sbancamento del terreno ed anche di gran parte della scarpata (all'epoca solo avviata in osservanza dell'ordinanza di ripristino), per raggiungere la quota prevista in progetto".

16.8 Anche tale atto è illegittimo.

16.9 L'esercizio del potere sanzionatorio in materia edilizia è doveroso e vincolato: l'art. 164, d.lgs. n. 490/99 non lascia, difatti, all'amministrazione alcun margine di discrezionalità in quanto prevede, in caso di inottemperanza all'ordine di remissione in pristino, l'intervento d'ufficio della p.a. e non consente, quindi, il rilascio di titoli edilizi che comportino il venir meno di tale obbligo.

16.10 Il rilascio di un permesso di costruire (il n. 182/01 del 17.10.2002, poi sospeso dal Tar e successivamente rinunciato) che ha autorizzato la realizzazione di un assetto del territorio differente rispetto a quanto previsto dal provvedimento sanzionatorio, e la conseguente modificazione della situazione di fatto a seguito della realizzazione dei lavori, per quanto conformi a tale titolo, non legittimano, quindi, la decisione dell'amministrazione di soprassedere al dovere, legislativamente previsto, di portare ad esecuzione l'ordine di remissione in pristino; né può ritenersi che tali circostanze

configurino una oggettiva impossibilità di ottemperare alla sanzione.

16.11 Né il Comune è intervenuto in autotutela sul provvedimento del 7.3.2002, adducendo ragioni di interesse pubblico tali da portare ad un suo annullamento; le prescrizioni contenute in tale atto sono pienamente valide ed efficaci e non possono, quindi, essere poste nel nulla in conseguenza del rilascio da parte della stessa amministrazione di un titolo edilizio con esse in contrasto.

16.12 L'azione dell'amministrazione è dunque viziata da contraddittorietà.

17. Per le ragioni esposte la domanda di annullamento del permesso di costruire n. 39/04 e degli atti ad esso presupposti è fondata e va, pertanto, accolta con assorbimento delle ulteriori censure dedotte.

18. Alla illegittimità del permesso di costruire n. 39/04 consegue, in via derivata, l'illegittimità anche del permesso di costruire in sanatoria n. 17/2008.

Parimenti restano travolti i restanti pareri e le restanti autorizzazioni strettamente connesse al provvedimento conclusivo.

19. Si affronta ora l'esame del ricorso rg. n. 2831/2007.

20. L'eccezione di tardività dell'impugnazione dell'autorizzazione paesaggistica sollevata dalla difesa dell'amministrazione comunale è infondata.

20.1 La mera comunicazione - effettuata con nota prot. n. 3340 del 31.8.2007 - del rilascio in favore della Tresa Costruzioni s.a.s. di un'autorizzazione paesaggistica è, difatti, inidonea ad integrare quella

piena conoscenza dell'effetto lesivo da cui inizia a decorrere il termine di decadenza per la proposizione del ricorso. Tale nota non contiene, difatti, alcun riferimento agli estremi ed al contenuto dell'atto.

20.2 Né può inferirsi una piena conoscenza dell'autorizzazione dal rinvio all'istanza presentata dalla Tresa Costruzioni s.a.s.: la tardività del ricorso deve, difatti, essere provata in modo certo ed inequivocabile da parte di chi eccepisce la tardività del ricorso ed il relativo onere non può ritenersi adempiuto sulla base della prospettazione di mere presunzioni che non assurgono a dignità di prova (C.d.S., Sez. V, 12 marzo 1996, n. 243; 27 novembre 1989, n. 779). Infatti, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione di un atto o provvedimento amministrativo, non può essere sufficiente la probabilità che l'interessato in un determinato momento abbia avuto cognizione dell'atto contro il quale ha prodotto ricorso (V, 14 aprile 1993, n. 490), altrimenti risulterebbero violati i principi costituzionali stabiliti dagli art. 24 e 113, secondo cui tutti possono agire in giudizio contro gli atti della pubblica amministrazione a tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

20.3 Attesa l'illegittimità dell'assenso, dato con il permesso di costruire n. 39/04, a conformare l'andamento del terreno diversamente da come statuito con provvedimento del 7.3.2002, anche il permesso di costruire n. 88/2007, avente ad oggetto la formazione di muri di contenimento, e così pure l'autorizzazione

paesaggistica prot. 2126/07 del 5.6.2007 ed il parere favorevole al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica espresso dalla Commissione edilizia del 23.5.2007, sono viziati per contraddittorietà rispetto al provvedimento del 7.3.2002.

20.4 Anche tali atti, difatti, sono incompatibili con la prescrizione dettata nel 2002 con cui il Comune di Valganna aveva ordinato la demolizione del muro oggetto di sanatoria e la realizzazione di una scarpata inerbita con inclinazione di naturale declivio.

21. Per la ragione esposta anche la domanda di annullamento del permesso di costruire n. 88/07 e degli atti ad esso presupposti è dunque fondata e va, pertanto, accolta con assorbimento delle ulteriori censure dedotte.

22. Il Collegio affronta ora l'esame delle domande risarcitorie.

22.1 Costituisce principio cardine della responsabilità da fatto illecito, cui soggiace anche la pubblica amministrazione, che l'ingiustizia del fatto, nella specie il provvedimento amministrativo illegittimo, non è requisito sufficiente a fondare il diritto al risarcimento. È, altresì, necessaria - oltre alla prova di un danno e di un nesso di causalità tra il danno e l'operato dell'amministrazione - l'imputazione dell'evento dannoso a titolo di dolo o colpa della p.a., dovendo quindi verificarsi se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve ispirarsi (cfr. C.d.S., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4241; 6 marzo 2007, n. 1049).

22.2 Nel caso di specie non è configurabile l'elemento soggettivo della colpa.

22.3 Il Collegio ritiene, difatti, che gli errori commessi dalla p.a. possano considerarsi scusabili in considerazione della rilevante complessità della situazione di fatto.

22.4 La conformazione del territorio, la sussistenza di un'annosa conflittualità tra le parti e i mutamenti dello stato dei luoghi intervenuti nel corso del tempo integrano un contesto fattuale così articolato e complesso da escludere un comportamento negligente da parte dell'amministrazione.

22.5 La valutazione ora espressa trova conferma oggettiva nelle ripetute ed approfondite attività istruttorie effettuate dall'autorità amministrativa in occasione del rilascio dei titoli abilitativi in questione.

23. Per le ragioni esposte le domande di annullamento sono in parte irricevibili e in parte fondate.

24. Le domande risarcitorie sono, invece, infondate.

25. La particolare articolazione della situazione fattuale sottesa alla controversia, consente di ravvisare giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

Accoglie in parte i ricorsi riuniti e per l'effetto annulla:

I. il permesso di costruire n. 39/2004, l'autorizzazione paesaggistica rilasciata il 31.1.2005 e il parere favorevole al rilascio

dell'autorizzazione paesaggistica espresso dalla commissione edilizia;  
II. il permesso di costruire in sanatoria n. 17/2008, la certificazione di compatibilità paesaggistica rilasciata dal Comune il 9.9.2008, il relativo parere favorevole al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica espresso dalla Commissione edilizia;

III. il permesso di costruire n. 88/2007, l'autorizzazione paesaggistica del 5.6.2007 ed il parere favorevole al rilascio dell'autorizzazione paesistica espresso dalla Commissione edilizia del 23.5.2007.

Li dichiara parzialmente irricevibili, secondo quanto indicato in motivazione.

Respinge le domande risarcitorie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Silvana Bini, Primo Referendario

Silvia Cattaneo, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/03/2010

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

IL SEGRETARIO