

N. 01741/2010 REG.SEN.
N. 00896/2005 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 896 del 2005 proposto da:

ZAMUNER Umberto, in proprio e nella qualità di legale rappresentante della Società AIR-GARDA di Zamuner U. e figli s.n.c., con sede legale in Pozzuoli, rappresentati e difesi (ricorso e primi motivi aggiunti) dall'avv. Nadia Restivo, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Corso Magenta 63, indi via Corridoni 6; nonché (ricorso depositato il 27.11.09) dagli avv.ti Marilanda Zamuner e Stefano Odierno, con domicilio eletto presso il loro studio in Qualiano (Napoli), via Campania 19

contro

- COMUNE di LEZZENO, in persona del Sindaco *pro tempore*, signor Pierluigi Posca, rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo Mantegazza e Virginia Manzi di Como e dall'avv. Gian Paolo Cimolino di Milano, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Milano, viale Monte Nero 78
- PROVINCIA di COMO, in persona del Presidente *pro tempore* Leonardo Carioni, rappresentata e difesa dall'avv. Domenica Condello del Servizio Legale della

Provincia, con domicilio eletto presso la Segreteria del TAR

nei confronti di

MINISTERO delle INFRASTRUTTURE e dei TRASPORTI, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso la quale è domiciliato ex lege in Milano, via Freguglia 1

per l'annullamento

dei seguenti atti:

[ricorso introduttivo, depositato il 2.4.2005]

1) nota 1 febbraio 2005 (prot. n. 386, Ufficio Tecnico - Settore Lavori Pubblici - Edilizia Privata ed Urbanistica), notificata il 5.2.05, con cui il Sindaco di Lezzeno, in sede di esame della richiesta di sanatoria presentata, ex art. 1 commi 37 e 39 legge n. 308/2004, per la costruzione su area demaniale (adiacente al mappale n. 489) della struttura anzidetta, ha invitato la Società ricorrente ad ottemperare all'ordinanza di demolizione e rimessa in pristino 9.9.2004 n. 2, assunta dal responsabile dell'Ufficio Tecnico;

2) nota 17 marzo 2005 del Sindaco (prot. n. 1101 Ufficio Tecnico), notificata il 25.3.05, recante preavviso di esecuzione d'ufficio, ex art. 35 d.p.r. 6.6.2001 n. 380, mediante ditta incaricata dal Comune, dell'ordinanza di rimessione in pristino e sgombero dello stato dei luoghi, con spese a carico della Società;

3) per quanto occorrer possa, ordinanza 9 settembre 2004 n. 2 di demolizione e rimessa in pristino, che ordina la rimozione della struttura metallica provvisoria per manutenzione idrovolante e pontile realizzata su area demaniale limitrofa al cimitero di Lezzeno;

[motivi aggiunti depositati il 13.4.2006]

1) nota 22 dicembre 2005 (prot. n. 4442), a firma del Sindaco e del responsabile dell'Ufficio Tecnico, recante preavviso, ex art. 10-bis legge n. 241/90, di

definizione dell'istanza di condono paesaggistico presentata ai sensi dell'art. 1, comma 39, legge n. 308/04;

2) nota 2 febbraio 2006 (prot. n. 412), a firma del Responsabile dell'Ufficio Tecnico, con cui il Comune si è dichiarato incompetente a provvedere sull'istanza di condono paesaggistico;

3) nota 2 febbraio 2006 (prot. n. 411) con cui il Comune ha trasmesso all'Amministrazione provinciale la pratica di compatibilità ambientale;

[ricorso per motivi aggiunti depositato il 27.11.2009]:

1) nota 16 novembre 2009 (prot. n. 56213), notificata il 21.11.09, con cui il Dirigente del Settore Pianificazione Territoriale Trasporti e Grande Viabilità della Provincia di Como ha intimato alla ricorrente di provvedere entro il 30.11.2009 allo sgombero di quanto ricoverato nell'hangar;

2) ogni altro atto presupposto, preordinato, consequenziale e connesso al predetto.

Visto il ricorso introduttivo;

Visti i motivi aggiunti depositati il 13.4.2006 ed il 27.11.2009;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del Comune di Lezzeno e della Provincia di Como;

Viste le memorie delle parti;

Visti atti e documenti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza dell'8 aprile 2010, relatore il dott. Carmine Spadavecchia, l'avv. Restivo per la parte ricorrente, l'avv. Cimolino per il Comune di Lezzeno, l'avv. Condello (ric. 896/05) per la Provincia di Como;

Considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1. La Società ricorrente è proprietaria di un idrovolante a sei posti, munito di certificato di immatricolazione presso il RAI (registro aeronautico italiano).

2. Essa espone in ricorso che, sebbene la Regione Lombardia sia tenuta - ex art. 3 l.r. 29 ottobre 1998 n. 22 - a programmare la realizzazione di idrosuperfici sulle acque del demanio lacuale per attività di trasporto con finalità turistico-ricreative, in ambito regionale non vi sono, eccezion fatta per l'Aero Club di Como, strutture in grado di ospitare al coperto idrovolanti per le attività di manutenzione necessarie a garantirne le condizioni di sicurezza e ad ottenere il rinnovo del certificato di navigabilità.

3. Avendo l'Aeroclub di Como, nel febbraio 2005, comunicato di non avere disponibilità di posti in hangar per le attività di manutenzione su aeromobili di terzi, la Società, in prossimità della scadenza del certificato di navigabilità, chiedeva (istanza 23.3.04) il rilascio di concessione demaniale temporanea per la posa, in località Rozzo (comune di Lezzeno), nello spazio antistante il mappale 489, di un pontile e di una struttura metallica mobile per la manutenzione dell'idrovolante, il tutto per il periodo 1.4.-31.10.2004, asseritamente necessario per la manutenzione dell'idrovolante e l'ispezione dell'ENAC.

4. La Gestione Associata del Lario e dei Laghi Minori (Provincia di Como - Settore Trasporti), destinataria dell'istanza, chiedeva il parere della gestione Navigazione Laghi Maggiore, di Garda e di Como - Ministero dei Trasporti, Dipartimento della Navigazione Marittima e Interna (che rilasciava parere favorevole in data 14.4.04) ed al Comune di Lezzeno (che non si pronunciava).

5. In attesa del parere comunale e della concessione demaniale la Società realizzava il manufatto. La Provincia di Como (Gestione associata del Lario e dei Laghi Minori) ne informava la Procura della Repubblica ed avviava accertamenti per quantificare la sanzione dovuta per l'occupazione senza titolo dell'aria demaniale. Il Comune di Lezzeno ordinava la sospensione dei lavori di "basamento e scivolo in profilati metallici" (ord.za 7.5.04 n. 1).

6. La Società, premesso di avere realizzato per metà la copertura dell'hangar (realizzato con assemblaggio di profilati in ferro), chiedeva al Comune (istanza 20.6.04) una concessione in sanatoria per le opere già realizzate, nonché l'autorizzazione a completare la copertura, dichiarando di non avere arrecato danni ambientali.

7. Il Comune informava la Società (nota 5.7.04 n. prot. 2603) di essere competente solo per gli aspetti di conformità urbanistica, nonché per il parere ambientale e idraulico, rimettendo l'interessata, per la concessione in sanatoria, alla competenza della Provincia (Gestione Associata del Lario ecc.).

8. La Società presentava uno studio di impatto ambientale (in data 19.7.04) evidenziando il carattere precario della struttura adibita ad hangar e la sua compatibilità ambientale.

9. Nondimeno il Comune, acquisita la relazione (negativa) degli esperti in materia paesistico-ambientale, negava la certificazione di assenza di danno ambientale, sul rilievo che le opere abusive "contrastano con le motivazioni del vincolo gravante sull'area, comportando l'alterazione del quadro paesistico caratterizzato dalla sponda del lago di Como" (provvedimento 7 settembre 2004, pratica edilizia n. 14/04, emesso dal responsabile del servizio). Con separata ordinanza (9 settembre 2004 n. 2), constatato il completamento dell'opera ("struttura metallica per manutenzione idrovolante e pontile"), il responsabile del servizio ne ingiungeva la demolizione entro 90 giorni.

10. Sopravvenuta la legge 15 dicembre 2004 n. 308, la Società chiedeva, per la struttura abusiva così realizzata su area demaniale, la sanatoria ex art. 1, commi 37 e 39, con la sospensione del termine assegnato per la demolizione (istanze 22.12.04 e 31.1.05).

11. Con provvedimento 1 febbraio 2005, a firma del Sindaco e del responsabile del

servizio, il Comune, richiamato il precedente diniego di compatibilità paesaggistica, respingeva l'istanza, ed invitava la Società a ottemperare all'ordinanza n. 2/2004; di cui preannunciava l'esecuzione d'ufficio con nota 17 marzo 2005 (recante, nelle premesse, un richiamo al decreto penale 16.9.2004 n. 1164 emesso dal GIP del Tribunale di Como).

12. La Società impugnava il diniego di sanatoria (nota 1 febbraio 2005), il preavviso di esecuzione d'ufficio (nota 17 marzo 2005) e, occorrendo, l'ordinanza di demolizione (9 settembre 2004 n. 2), con ricorso in epigrafe (n. 896/05).

13. Con ordinanza 5.4.2005 n. 799 la Sezione accoglieva la domanda cautelare limitatamente alle note 1 febbraio e 17 marzo 2005, con questa motivazione: "Ritenuto che il Comune, prima di dare seguito alla demolizione d'ufficio dell'opera, debba pronunciarsi sulla domanda presentata dal ricorrente ai sensi dell'art. 1, comma 39, della legge 15 dicembre 2004 n. 308, sopravvenuta all'ordinanza 9.9.2004 n. 2 (peraltro non tempestivamente impugnata)".

14. Successivamente si costituivano, con atti di mera forma (depositati rispettivamente il 2.5.05 e il 1.6.06), l'Avvocatura dello Stato e il Comune di Lezzeno.

15. Con atto notificato il 30.11.05 la Società diffidava il Comune a provvedere sull'istanza di condono paesaggistico.

16. Il Comune, previo preavviso (nota 22 dicembre 2005), rilevato che ai sensi della legge regionale n. 12/2005 (art. 80, terzo comma) le funzioni amministrative connesse ai vincoli paesaggistici sulle aree del demanio del lago di Como sono attribuite all'Amministrazione provinciale, si dichiarava incompetente a provvedere sulla domanda (nota 2 febbraio 2006, prot. n. 412) e trasmetteva alla Provincia la pratica di compatibilità ambientale (nota 2 febbraio 2006, prot. n. 411).

17. Con motivi aggiunti (depositati il 13.4.2006) la Società impugnava le note di cui

al precedente punto 15, per un verso assumendo la competenza *ratione temporis* del Comune (essendo la legge n. 12/2005 entrata in vigore il 30 marzo 2005), e per altro verso censurando i giudizi negativi sull'accoglibilità della domanda esternati dal Comune nonostante la propria (dichiarata) incompetenza.

18. Con ordinanza 12 settembre 2006 n. 118 la Provincia, acquisito dalla Soprintendenza di Milano un parere di incompatibilità paesaggistica, ordinava alla Società il ripristino dello stato dei luoghi L'ordinanza veniva impugnata con altro ricorso (n. 2985/06).

19. Successivamente, con nota dirigenziale 16 novembre 2009, la Provincia di Como (Settore Pianificazione Territoriale Trasporti e Grande Viabilità) intimava alla Società di provvedere entro il 30.11.2009 allo sgombero di quanto ricoverato nell'hangar ai fini (e in vista) della sua rimozione. Questa nota veniva impugnata - col patrocinio di altri legali, e con richiesta di sospensione cautelare - per mezzo di un nuovo ricorso, depositato il 27.11.2009 ed innestato *sub specie* di motivi aggiunti sul ricorso n. 896/09.

20. La Provincia di Como si costituiva nella camera di consiglio del 14.1.10.

21. La Sezione, previa istruttoria (ord.za 17/18.12.09 n. 1438), con ordinanza 14/15.1.2010 n. 47 sospendeva in via cautelare la nota dirigenziale 16 novembre 2009 (preordinata all'esecuzione dell'ordinanza di demolizione 12 settembre 2006 n. 118 della Provincia, impugnata con ricorso n. 2985/06), reputando opportuna la trattazione congiunta e la definizione di entrambi i ricorsi, nel merito, in tempi brevi.

22. Previo deposito di memorie difensive, i ricorsi, discussi all'udienza dell'8 aprile 2010, sono passati in decisione.

DIRITTO

23. Come esposto nella parte in fatto, la vicenda all'esame del Collegio muove dalla

realizzazione abusiva, su area demaniale, soggetta a vincolo paesistico e a vincolo cimiteriale, di una struttura abusiva (hangar e pontile) adibita a ricovero di un idrovolante sul lago di Como.

24. Sebbene i ricorsi n. 896/05 e n. 2985/06, di cui si è detto nella parte in fatto, siano stati portati in discussione alla stessa udienza, affinché il giudicante potesse disporre di un quadro unitario e complessivo della vicenda, il Collegio non ne ritiene opportuna, per ragioni di ordine espositivo, la riunione.

25. I ricorsi attengono infatti a procedimenti distinti.

Il primo ricorso (n. 896/05) investe - con la sola eccezione di cui *infra* (punto 34) - gli atti posti in essere dal Comune nella prima fase della vicenda: nella quale, dapprima, ha negato il rilascio di una concessione in sanatoria; poi, avendo la Società ricorrente presentato un'istanza di condono paesaggistico ex art. 1, commi 37 e 39, legge n. 308/04, ha declinato la propria competenza a provvedere, rimettendo l'affare alla competenza della Provincia.

26. Il secondo ricorso (n. 2985/06) investe gli atti del procedimento condotto dall'Amministrazione provinciale, che, stante il parere negativo della Soprintendenza in ordine alla compatibilità paesaggistica del manufatto, ha ordinato la rimessione in pristino dei luoghi.

27. Relativamente al ricorso in esame, va preliminarmente accolta l'eccezione formulata dall'Avvocatura dello Stato (memoria 12.11.09), che ha rilevato il difetto di legittimazione passiva del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Nessun atto di questa Amministrazione - coinvolta solo marginalmente nel procedimento, come esposto al punto 4 - risulta infatti oggetto di impugnativa; né il Ministero può ritenersi controinteressato nel presente giudizio.

28. Nel merito, il ricorso (notificato via fax il 1.4.2005) va dichiarato irricevibile per tardività: (a) nella parte in cui contesta il provvedimento 7 settembre 2004 (diniego

di certificazione di assenza di danno ambientale, notificato nello stesso mese) per essersi basato su una relazione redatta da professionisti appositamente nominati, anziché dalla commissione edilizia istituzionalmente integrata da due esperti in materia paesistico-ambientale; (b) nella parte che investe l'ordinanza di demolizione 9 settembre 2004 n. 2 (notificata nello stesso mese).

29. Al riguardo, peraltro, neppure è ravvisabile l'interesse della Società ad una decisione di merito, giacché, secondo costante giurisprudenza, la presentazione di una istanza di condono fa venir meno l'interesse alla definizione del ricorso contro dinieghi di sanatoria o provvedimenti sanzionatori pregressi, dovendo l'Amministrazione provvedere sull'istanza e, se del caso, adottare un nuovo provvedimento sanzionatorio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12.1.09 n. 56; Sez. 2^a, 11.7.07 n. 624/2005, 26.10.05 n. 4777/2003).

30. Nella parte che investe le note 1 febbraio 2005 e 17 marzo 2005 il ricorso va invece accolto, per le ragioni sinteticamente esposte nell'ordinanza n. 799/05 emessa dalla Sezione in sede cautelare. Il Comune non aveva infatti il potere di disporre l'esecuzione d'ufficio della precedente ordinanza di demolizione senza che fosse preventivamente definita la domanda di condono paesaggistico presentata dalla Società ai sensi dell'art. 1, comma 39, della legge 15 dicembre 2004 n. 308, sopravvenuta all'ordinanza 9.9.2004 n. 2.

31. Nella parte (motivi aggiunti) che investe il preavviso 12 dicembre 2005 e le note 2 febbraio 2006 con cui il Comune si è spogliato dell'affare, rimettendolo alla competenza della Provincia, il ricorso va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. Qualsiasi doglianza circa il modo con cui la P.A. ha provveduto resta infatti proponibile soltanto nei confronti dell'ordinanza di ripristino 12 settembre 2006 n. 118 emessa dalla Provincia, oggetto del ricorso n. 2985/06 deciso con separata sentenza: è questo infatti l'unico provvedimento che,

avendo definito nel merito l'istanza di condono, ha in concreto effetti lesivi, incidendo sugli interessi sostanziali di cui parte ricorrente è titolare.

32. Ciò vale anche per quanto concerne la competenza a provvedere in tema di condono paesaggistico. La questione, posta col presente ricorso (che contesta al Comune di averla declinata), non è stata riproposta col secondo (avverso il provvedimento provinciale); il che comporta, per un verso, che l'ordinanza della provincia resta sotto questo profilo immune da ogni contestazione, e per altro verso che non v'è più interesse a che la questione di competenza venga esaminata in questa sede.

33. Le note comunali del 2 febbraio 2006 sono prive di portata lesiva anche nella parte in cui, con enunciazioni ultronee, espongono le ragioni che militerebbero per il rigetto dell'istanza, trattandosi di enunciazioni provenienti da un organo per sua stessa ammissione incompetente.

34. Nella parte che investe la nota dirigenziale 16 novembre 2009 della Provincia di Como, che intima alla Società di provvedere entro il 30.11.2009 allo sgombero di quanto ricoverato nell'hangar, il ricorso è inammissibile.

35. La nota è stata impugnata con ricorso per motivi aggiunti depositato il 27.11.2009 e fatto confluire nel presente giudizio (laddove sarebbe stato semmai più appropriato il suo innesto nel ricorso n. 2985/06, che investe gli atti del procedimento condotto dall'Amministrazione provinciale).

36. L'intimazione è strettamente consequenziale all'ordinanza 12 settembre 2006 con cui la Provincia ha disposto il ripristino dello stato dei luoghi. Tutte le censure dedotte sono riferibili agli atti presupposti, impugnati col ricorso n. 2985/06. Dall'esito di quest'ultimo dipende la sopravvivenza o meno dell'intimazione di sgombero, la cui sorte è strettamente legata a quella dei provvedimenti impugnati col ricorso predetto.

37. L'unico motivo enucleabile in via autonoma avverso la nota in questione è quello dedotto al punto 16 del ricorso confluito in questo giudizio, con cui si censura la pretesa della Provincia di accollare alla Società responsabilità e spese per la dislocazione altrove dei beni ricoverati all'interno della struttura. Ora, a prescindere dal rilievo che questo preavviso costituisce la normale conseguenza dell'esecuzione d'ufficio di provvedimenti ai quali i destinatari non prestino ottemperanza spontanea, il motivo è inammissibile per carenza di interesse attuale, involgendo questioni *de futuro*, legate a fatti e circostanze meramente eventuali, dipendenti dal comportamento della stessa intimata.

38. Per le considerazioni che precedono il ricorso va dichiarato in parte irricevibile, in parte inammissibile, in parte improcedibile; in parte va accolto, con conseguente annullamento degli atti (già sospesi) indicati in dispositivo.

39. Attesa la complessità della vicenda, e considerata la ridotta attività difensiva delle controparti, si ravvisano motivi sufficienti per disporre la compensazione delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia:

- dichiara il difetto di legittimazione passiva del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;
- dichiara il ricorso in parte irricevibile, in parte improcedibile, in parte inammissibile e in parte lo accoglie, il tutto nei sensi di cui in motivazione;
- annulla per l'effetto le note 1 febbraio 2005 e 17 marzo 2005 del Comune di Lezzeno.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio dell'8 aprile 2010, con l'intervento

dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carmine Maria Spadavecchia, Consigliere, Estensore

Silvia Cattaneo, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/06/2010

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

IL SEGRETARIO