

N. 03254/2010 REG.SEN.
N. 01461/2003 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 1461 del 2003, proposto da:

Crosta Francesco e Crespi Giovanna, rappresentati e difesi dall'avv. Anna Laura Ferrario, presso il cui studio, in Milano, via Vincenzo Monti, 41, sono elettivamente domiciliati;

contro

Comune di Vergiate, rappresentato e difeso dall'avv. Liberto Losa, presso il cui studio, in Milano, via Aurelio Saffi, 10, è elettivamente domiciliato;

Regione Lombardia, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dell'ordinanza n. 15 del 19 marzo 2003 con cui il Comune di Vergiate ha ordinato ai ricorrenti la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, ivi compresi la d.G.R. 7 marzo 2003, n. VII/12329 e le delibere del C.C. 30 novembre 2000, n. 57, 28 dicembre 2000, n. 59 e 27 marzo 2002, n. 16 con cui è stata adottata ed approvata la variante

al p.r.g. e, per quanto occorra, l'avviso di avvio del 3 febbraio 2003 ed il verbale di sopralluogo del 27.1.2003;

e per la condanna del Comune alla rei integrazione in forma specifica o, in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni, nonché al pagamento dell'indennità.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2010 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti gli avv. Anna Laura Ferrario e Cristina Belvisi (in sostituzione di Losa);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I sig.ri Francesco Crosta e Giovanna Crespi impugnano l'ordinanza n. 15 del 19 marzo 2003 con cui il Comune di Vergiate ha ordinato loro la demolizione delle opere abusivamente realizzate sull'area censita in catasto al foglio 2, mappale 453 ed il ripristino dello stato dei luoghi, nonché le delibere del Consiglio Comunale 30 novembre 2000, n. 57, 28 dicembre 2000, n. 59 e 27 marzo 2002, n. 16 con le quali è stata adottata ed approvata la variante al p.r.g., l'avviso di avvio del procedimento del 3 febbraio 2003 ed il verbale di sopralluogo del 27.1.2003.

2. Questi i motivi di ricorso:

I. violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di motivazione; illogicità manifesta; contraddittorietà; difetto di istruttoria: i lavori eseguiti sono perfettamente aderenti alla autorizzazione edilizia

n. 19/2002 il cui oggetto è il ripristino del muro nella sua consistenza ed altezza originaria; l'intervento non poteva essere realizzato con modalità differenti da quelle in concreto praticate;

II. violazione di legge ed eccesso di potere: travisamento dei presupposti; errata applicazione del p.r.g.; assurdit  manifesta; violazione degli artt. 7, l. n. 1150/1942, 841 c.c., 42 Cost., 26 e 28, d.P.R. n. 495/92; difetto di istruttoria; sviamento: il richiamo all'art. 27.3 delle n.t.a., in base al quale "lungo le strade pubbliche o aperte al pubblico traffico sono consentite recinzioni di altezza massima complessiva di m. 2,50, costituite da elementi trasparenti (rete metallica, inferriata) eventualmente sovrastanti ad un muretto pieno costituito in muratura, secondo il sistema tradizionale, di altezza superiore a 50 cm. dal piano di campagna del lotto da recintare", risulterebbe inconferente. Osservano, infatti, i ricorrenti che, nella fattispecie in esame, non   in discussione una recinzione, bens  un muro di sostegno di un terreno collinoso; il piano di calpestio del lotto   da sempre elevato dalla quota della strada all'incirca di 1,80 metri e nulla   stato realizzato al di sopra del piano di calpestio del lotto. Anche il richiamo all'art. 27.3.1 delle n.t.a. (secondo cui "le recinzioni [...] devono essere poste lungo gli allineamenti fissati nelle tavole di azionamento e rispettare i disposti dell'art. 1 del d.P.R. n. 147/1993, salvo eventuali ulteriori arretramenti indicati dall'U.T.C. in sede di assegnazione dei punti fissi, su conforme parere della Commissione edilizia") e la pretesa di un arretramento per allargamento della sede stradale sarebbero illegittimi, in quanto l'intervento in questione non   una recinzione. Inoltre nessun allineamento di recinzione sarebbe indicato dal p.r.g., mentre gli effetti giuridici dell'allargamento stradale non possono mai giungere al punto da impedire al proprietario il mantenimento in efficienza dell'immobile in pendenza del vincolo. Osservano, ancora, i ricorrenti che, l'art. 27.3.1. stabilisce che l'assegnazione dei punti fissi da

parte dell'Ufficio tecnico è solo eventuale e previo parere vincolante della Commissione edilizia; in ogni caso, deducono l'illegittimità dell'art. 27.3 delle n.t.a. per violazione dell'art. 7, l. n. 1150/1942, in quanto introduce un'espropriazione larvata del bene prima dell'avvio della procedura espropriativa, per violazione del diritto dominicale, in quanto limitativa delle facoltà di godimento, nonché per violazione dell'art. 841 c.c.. Quanto al richiamo dell'art. 27.3.2 delle n.t.a. secondo cui l'ingresso carraio avrebbe dovuto essere arretrato rispetto all'arretramento e all'allineamento fissati per le recinzioni, di m. 4,00, i ricorrenti rilevano che la previsione non tocca gli accessi carrai già esistenti e che essi non hanno posizionato alcun cancello di ingresso all'area;

III. violazione di legge ed eccesso di potere: violazione e falsa applicazione dell'art. 7, l. n. 47/1985; carenza di istruttoria; perplessità, violazione dell'art. 31, l. n. 457/1978, art. 10, l. n. 47/1985; art. 7, l. n. 94/1982 e art. 4, l. n. 493/1993; errata applicazione del p.r.g.: l'art. 7, l. n. 47/1985 sarebbe erroneamente richiamato, in quanto il consolidamento del muro di sostegno in questione è ascrivibile agli interventi di carattere manutentivo o, al più, risanativi. Esso ha, inoltre, carattere pertinenziale, ed è quindi soggetto a semplice autorizzazione edilizia ex art. 48, l. n. 457/1978 ed è oggi sottoposto al regime della dichiarazione di inizio attività; tale conclusione varrebbe anche nell'ipotesi in cui l'opera fosse qualificata quale recinzione. L'intervento conservativo in questione non sarebbe comunque assoggettabile a misure ripristinatorie o demolitorie;

IV. violazione di legge ed eccesso di potere: errata applicazione dell'art. 7, l. n. 47/1985; violazione dell'art. 9, l. n. 47/1985; travisamento dei presupposti di diritto; difetto di istruttoria; sviamento: l'intervento ha ad oggetto un muro già esistente, sarebbe, quindi, illegittima la pretesa del Comune di applicare l'art. 7, l. n. 47/1985, norma che disciplina le nuove edificazioni e non, invece, gli interventi di

sistemazione di un manufatto già in essere; al più avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 9, l. n. 47/1985;

V. violazione di legge ed eccesso di potere: violazione dell'art. 7, l. n. 47/1985 e l. n. 689/1981; genericità; indeterminatezza; assurdit ; sviamento; incompetenza; difetto di istruttoria; omesso parere della Commissione edilizia; violazione degli artt. 107 e 109, d.lgs. n. 267/2000: le opere sono state assentite con l'autorizzazione edilizia n. 19/02, mai ritirata e l'opera sarebbe conforme a quel titolo; l'ordinanza avrebbe, perci , dovuto specificare le opere che non coincidono con tale autorizzazione e precisare come intervenire sul manufatto; l'ordine sarebbe generico non specificando le porzioni in contrasto con il p.r.g. e non identificerebbe il bene e l'area di sedime ai sensi dell'art. 7, l. n. 47/1985; sussisterebbe un'oggettiva impossibilit  di ripristinare lo stato dei luoghi; l'ingiunzione sarebbe viziata da incompetenza in quanto sottoscritta dal "responsabile dell'area 4" e non da un dirigente;

VI. violazione di legge ed eccesso di potere; violazione della l. n. 241/1990; illogicit ; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; violazione dell'art. 97 Cost.; sviamento: l'ordinanza sarebbe stata adottata sulla base di rilievi differenti da quelli dedotti in sede di comunicazione di avvio del procedimento e non replicherebbe a nessuno degli argomenti che i ricorrenti hanno illustrato con la loro memoria;

VII. con riferimento al p.r.g. di Vergiate nella parte in cui prevede l'allargamento stradale in corrispondenza della propriet  dei ricorrenti: violazione di legge ed eccesso di potere: violazione dell'art. 7, l. n. 1150/1942 e art. 2, l. n. 1187/1968; travisamento dei presupposti; difetto di motivazione e di istruttoria; violazione del giudicato costituzionale: il vincolo sarebbe decaduto per decorso del quinquennio ex art. 2, l. n. 1187/1968; il p.r.g. non valuterebbe l'effettiva necessit  della previsione e non motiverebbe le ragioni della scelta; nessun indennizzo sarebbe

stato previsto per la rinnovazione del vincolo.

3. I ricorrenti chiedono, inoltre, la condanna del Comune di Vergiate alla reintegrazione in forma specifica o, in subordine, al risarcimento per equivalente.

4. Con memoria depositata in data 29 maggio 2010 i ricorrenti chiedono, per l'ipotesi in cui la reiterazione del vincolo previsto dal p.r.g. per l'allargamento della sede stradale fosse ritenuta legittima, l'accertamento della debenza dell'indennità e la condanna dell'amministrazione comunale al pagamento.

5. Si è costituito in giudizio il Comune di Vergiate, contestando la fondatezza delle censure dedotte.

6. All'udienza del 9 giugno 2010 il ricorso è stato ritenuto per la decisione.

7. La domanda di annullamento è fondata.

8. ~~X~~ Con autorizzazione edilizia n. 19/02 il Comune di Vergiate ha assentito la realizzazione di lavori di ripristino del muro perimetrale a secco in massi e pietre. In sede di autorizzazione di tali opere, l'amministrazione comunale non ha eseguito alcun sopralluogo al fine di rilevare quale fosse lo stato dei luoghi prima dell'intervento; lo stesso titolo abilitativo non contiene alcuna descrizione in ordine a quale fossero le dimensioni del muro perimetrale oggetto di ripristino, ma rinvia unicamente alla allegata documentazione fotografica.

L'ordinanza impugnata è viziata da difetto di istruttoria non essendo l'amministrazione in grado di affermare con precisione quale fosse l'originario stato di luoghi (con riferimento sia alle quote del terreno sia all'altezza del muro sia, infine, all'accesso carraio) e, dunque, l'esistenza e l'entità delle eventuali difformità tra quanto realizzato e quanto assentito con l'autorizzazione edilizia n. 19/02; né tali difformità sono ricavabili con certezza da un raffronto tra la documentazione fotografica allegata all'autorizzazione edilizia n. 19/02 e le fotografie che rappresentano lo stato attuale dei luoghi. ~~X~~

L'illegittimità e le carenze dell'attività istruttoria posta in essere dall'amministrazione sono, inoltre, evincibili - oltre che dalla imprecisione nella indicazione dello scostamento nell'altezza tra il muro preesistente e quello realizzato (60/100 cm) - dalle dichiarazioni rese dal responsabile dell'area 4 del Comune di Vergiate, il quale, in una prima nota, priva di data, (doc. n. 5 del Comune), ha dichiarato che, alla luce della sua conoscenza della documentazione fotografica allegata all'autorizzazione edilizia n. 19/2002 ed a quella relativa all'autorizzazione paesaggistica n. 45/2001, "l'altezza del muro non risultava avere conservato in alcuni tratti l'altezza di ml. 1,60". In una nota, successiva, del 13.5.2010 lo stesso responsabile ha, invece, dichiarato che prima dell'intervento "il muro di contenimento esistente aveva quasi interamente un'altezza variabile tra i 60 e i 100 cm" (doc. n. 19 del Comune).

L'ordinanza impugnata è, dunque, viziata avendo affermato la realizzazione di opere difformi da quanto assentito con autorizzazione edilizia n. 19/02, senza che sia stata esperita un'adeguata indagine istruttoria in ordine a quale fosse il preesistente stato dei luoghi in oggetto.

9. Per le ragioni esposte la domanda di annullamento è, dunque, fondata e va pertanto accolta, con assorbimento di tutte le ulteriori censure dedotte, anche quelle proposte avverso le delibere della G.R. 7 marzo 2003, n. VII/12329 e del C.C. 30 novembre 2000, n. 57, 28 dicembre 2000, n. 59 e 27 marzo 2002, n. 16 con cui è stata adottata ed approvata la variante al p.r.g.: l'impugnazione di tali atti non è, difatti, sostenuta da un autonomo interesse, ma è meramente strumentale ad ottenere la caducazione dell'ordinanza di demolizione.

10. La domanda di risarcimento dei danni deve essere respinta, non solo perché i ricorrenti hanno tempestivamente ottenuto la tutela cautelare richiesta, ma visto anche che dei lamentati danni non è stata offerta, in corso di giudizio, alcuna

prova.

11. Sussistono giustificati motivi, quali la peculiarità della vicenda contenziosa e la soccombenza dei ricorrenti sulla domanda risarcitoria, per disporre l'integrale compensazione fra le parti costituite delle spese di causa.

P.Q.M.

Accoglie in parte la domanda di annullamento e, per l'effetto, annulla l'ordinanza n. 15 del 19 marzo 2003.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carminè Maria Spadavecchia, Consigliere

Silvia Cattaneo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/07/2010

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

IL SEGRETARIO