

N. 00089/2011 REG.PROV.COLL.
N. 02163/2009 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 2163 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

So.se.mi. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Guido Greco, Manuela Muscardini e Marco Salina, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, P.Le Lavater, 5;

contro

Comune di Milano, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Antonello Mandarano, Alessandra Montagnani Amendolea, Anna Maria Moramarco, Maria Rita Surano, Daniela Dell'Oro e Maria Giulia Schiavelli, domiciliato in Milano, via Andreani 10, presso gli uffici dell'avvocatura comunale;

per l'annullamento

- del provvedimento del Comune di Milano, Settore Sportello Unico per l'Edilizia, Servizio Interventi Edili Maggiori, Ufficio Trattazione Gruppo 3, con Protocollo PG 471759/2009 del 18.6.2009, che ha

disposto "l'annullamento della concessione edilizia n. 461 del 2.8.2000";

- ove occorra, del verbale della "riunione tenutasi in data 7.5.2009 alla presenza del Settore Pianificazione Urbanistica Generale e del Settore Sportello Unico per l'Edilizia", cui si fa cenno nel provvedimento di cui al punto precedente;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale;

nonché per la condanna al risarcimento dei danni subiti e subendi a causa dell'illegittimo provvedimento adottato dal Comune e qui impugnato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano in persona del Sindaco p.t.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2010 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori Guido Greco, Marco Salina, Anna Maria Moramarco (presente in preliminari) e Antonello Mandarano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto del 18.6.2009, il Comune di Milano ha annullato in autotutela la concessione edilizia rilasciata alla So.se.mi. s.r.l. n. 461 del 2.8.2000 - avente ad oggetto la realizzazione di un impianto di distribuzione carburanti, con annesso locale gestore, una struttura destinata ad attività commerciali ed un parcheggio, su un'area di sua proprietà situata in via Forlanini, n. 123, in prossimità dell'aeroporto di Linate - rinviando alle valutazioni di illegittimità della concessione

edilizia contenute nelle pronunce del Tribunale ordinario di Milano del 18.10.2005, della Corte di Appello di Milano del 16.3.2007 e n. 6868/2009 della Corte di Cassazione.

Con sentenza del 18.10.2005, il Tribunale ordinario di Milano aveva, difatti, condannato un funzionario del Comune di Milano, istruttore tecnico del settore concessioni ed autorizzazioni edilizie, per il reato di abuso d'ufficio, in concorso con il procuratore della So.se.mi. s.r.l., avendo rilasciato la concessione edilizia 461/2000 nonostante fosse in contrasto con le norme tecniche di attuazione del p.r.g., con il piano particolareggiato del Parco Forlanini e con il vincolo aeroportuale esistente nella zona.

La sentenza è stata confermata dalla Corte di Appello di Milano, con pronuncia del 16.3.2007.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 6868/2009, pur affermando di condividere la pronuncia della Corte d'Appello sia in fatto che in diritto, l'ha annullata poiché il reato si è estinto per prescrizione.

2. Con il provvedimento del 16.10.2009, il Comune di Milano ha integrato la motivazione, richiamando, quali ragioni di illegittimità della concessione edilizia, le violazioni dei vincoli urbanistici, paesaggistici e soprattutto aeroportuali, accertate nelle sentenze del giudice penale.

Ha, quindi, ravvisato l'interesse pubblico grave ed attuale alla rimozione del titolo edilizio nella necessità che siano evitati rischi per la circolazione aerea ed ha affermato la prevalenza di questo interesse su quello del privato costruttore, anche perché l'annullamento della concessione edilizia n. 461/00 non comporta demolizioni.

3. Con il ricorso principale la So.se.mi s.r.l. impugna il provvedimento del 18.6.2009, articolando le seguenti doglianze:

I. violazione degli artt. 3 e 21 nonies, l. n. 241/1990; eccesso di potere

sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione; perplessità; contraddittorietà; violazione del principio di proporzionalità; ingiustizia manifesta;

II. violazione degli artt. 7 e 10, l. n. 241/1990; violazione del principio del contraddittorio; eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione; violazione del diritto ad una buona amministrazione (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea);

III. violazione del principio del *contrarius actus*: la valutazione della conformità edilizia dell'intervento rispetto alle norme di pianificazione comunale sarebbe stata effettuata esclusivamente dal dirigente del servizio interventi edilizi maggiori ed al più dei settori pianificazione urbanistica generale e sportello unico per l'edilizia, mentre non sarebbero stati interpellati tutti quegli ulteriori settori e tutte quelle amministrazioni che a suo tempo erano state interessate della questione;

IV. mancata applicazione dell'art. 2, d.lgs. n. 32/1998, dell'art. 2, c. 2 bis, d.l. n. 383/1999, dell'art. 5, reg. 21.7.2000, n. 2, della d.G.R. n. 6/48714 del 29 febbraio 2000; violazione dell'art. 715 bis, cod. nav e del d.m. 28 luglio 1976; violazione dell'art. 715, c. 4, cod. nav.; carenza dei presupposti di fatto e di diritto.

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

5. Con ricorso per motivi aggiunti, la So.se.mi impugna il provvedimento del 16.10.2009, con cui il Comune di Milano ha integrato e confermato il provvedimento del 18.6.2009, per i seguenti motivi: violazione degli artt. 3 e 21 nonies, l. n. 241/1990; violazione dell'art. 715 cod. nav e del d.m. 28 luglio 1976; violazione dell'art. 714, c. 4 cod. nav; travisamento dei fatti; carenza dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria e di motivazione; violazione del divieto di

integrazione postuma della motivazione dell'atto (art. 6, l. n. 249/1968).

6. Con memoria depositata in data 15 ottobre 2010, la ricorrente chiede che venga dichiarata la cessazione della materia del contendere con riferimento alla parte di ricorso volta a contestare l'illegittimità del provvedimento di annullamento nella parte in cui priverebbe di titolo la realizzazione del parcheggio in quanto il Comune di Milano, con il provvedimento del 16.10.2009, avrebbe chiarito che tale parcheggio non è interessato dall'annullamento d'ufficio.

7. Sempre con la medesima memoria, la ricorrente precisa che la domanda di risarcimento dei danni deve intendersi limitata ad una pronuncia di condanna risarcitoria di tipo generico, ai sensi dell'art. 278 c.p.c.

8. L'amministrazione comunale intimata si è costituita in giudizio e, oltre a dedurre l'infondatezza nel merito delle domande, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, poiché, anche nell'ipotesi di accoglimento del ricorso, la concessione edilizia sarebbe destinata a rimanere priva di esecuzione: le opere realizzate sulla base della concessione edilizia ritenuta illegittima verrebbero considerate abusive dalla procura della Repubblica.

9. All'udienza del 17 novembre 2010, il ricorso è stato ritenuto per la decisione.

10. Il ricorso è inammissibile per carenza di interesse laddove - con il secondo motivo di ricorso - contesta l'illegittimità del provvedimento del 18.6.2009 nella parte in cui priverebbe di titolo la realizzazione del parcheggio.

Come chiarito dallo stesso Comune di Milano con il provvedimento del 16.10.2009, il parcheggio non è interessato dall'annullamento d'ufficio, essendo tale costruzione realizzata in forza di titoli abilitativi diversi

dalla concessione edilizia annullata, nei confronti dei quali l'amministrazione non è intervenuta in autotutela.

Il Collegio propende per la declaratoria di inammissibilità per carenza di interesse, piuttosto che della cessazione della materia del contendere, non avendo l'amministrazione, nel caso di specie, annullato o riformato, con un nuovo atto, il provvedimento impugnato, in senso conforme all'interesse del ricorrente.

Già il provvedimento impugnato con il ricorso principale, invero, dava atto della sussistenza, per quanto riguarda il parcheggio, di autonomi titoli edilizi (d.i.a. del 29.7.2003 e del 19.4.2006) e con il provvedimento del 16.10.2009, la p.a. si limitava a chiarire che tali titoli non sono stati incisi dal provvedimento di annullamento in autotutela.

11. Quanto alle altre censure proposte, il ricorso non può trovare accoglimento. Ciò consente al Collegio di tralasciare l'esame della questione di rito sollevata dall'amministrazione resistente.

12. Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta la violazione degli artt. 3 e 21 nonies della legge n. 241/1990 in quanto il provvedimento non indicherebbe i profili di illegittimità della concessione edilizia che ne giustificano l'annullamento d'ufficio ma si limiterebbe a rinviare alle conclusioni cui è pervenuto il giudice penale con una motivazione *per relationem* non consentita dall'art. 3, c.2 della l. n. 241/1990. Questa norma, ad avviso della ricorrente, ammetterebbe il rinvio alla motivazione contenuta in un altro atto dell'amministrazione, richiamato nella decisione, ma non in una pronuncia giurisdizionale.

La ricorrente argomenta, poi, come l'amministrazione non sarebbe tenuta a disporre l'annullamento della concessione in quanto le sentenze del Tribunale penale di Milano e della Corte d'Appello non sono passate in giudicato, avendo la Corte di Cassazione dichiarato l'estinzione del

reato per prescrizione ed annullato la sentenza del giudice d'appello; il Comune avrebbe dovuto specificare quali fossero, fra le varie conclusioni cui è giunto il giudice penale, quelle che dovevano intendersi richiamate nel provvedimento, anche perché le sentenze non sempre coincidono tra loro nelle posizioni assunte; il provvedimento mancherebbe della valutazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse all'annullamento della concessione e degli interessi dei destinatari; in considerazione del decorso di nove anni, l'affidamento del privato avrebbe assunto una consistenza tale da escludere l'esercizio del potere di autotutela.

12.1 Con ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente propone analoghe censure avverso il provvedimento prot. 776977/2009 del 16.10.2009 con cui l'amministrazione ha integrato e confermato il provvedimento prot. 471759/2009 del 18.6.2009, lamentando: violazione degli artt. 3 e 21 nonies, l. n. 241/1990 in quanto non sussisterebbe alcun rischio per la circolazione aerea, come certificato dall'E.n.a.c. e dall'E.n.a.v.; l'illegittimità dell'atto sotto il profilo del difetto di motivazione, in quanto il Comune non avrebbe espresso un'autonoma valutazione ma si sarebbe riportato alla posizione assunta dal giudice penale senza considerare che le pronunce richiamate non creavano alcun vincolo, essendo il reato estinto per prescrizione.

Inoltre, a suo avviso, l'atto sarebbe illegittimo per essersi limitato alla constatazione della insussistenza di opere da demolire, senza tenere in considerazione gli ingenti investimenti compiuti dalla So.se.mi. s.r.l. per l'acquisizione dell'area, per la predisposizione dei progetti e per la stipula di accordi con i gestori dell'impianto di distribuzione del carburante e della palazzina adibita a ristorazione.

12.2 I motivi, che possono essere trattati congiuntamente perché

strettamente connessi sul piano logico e giuridico, sono privi di fondamento.

12.3 Il Comune di Milano, con i provvedimenti impugnati, ha annullato in autotutela la concessione edilizia n. 461/2000, per le ragioni di illegittimità accertate con le sentenze del Tribunale ordinario di Milano del 18.10.2005 e della Corte d'Appello di Milano del 16.3.2007.

Tale motivazione non può certamente ritenersi illegittima solo perché rinvia a pronunce giurisdizionali e non ad un atto amministrativo, così come previsto, in caso di motivazione *per relationem*, dall'art. 3, c. 2, l. n. 241/1990.

Le ragioni giuridiche sottese agli atti impugnati sono, invero, agevolmente ricostruibili: le pronunce del Tribunale e della Corte d'Appello, anche se non sono state allegate al provvedimento, sono citate nei loro estremi, sono non solo facilmente conoscibili ma, anzi, sicuramente conosciute dalla So.se.mi. s.r.l., per essere stato il suo procuratore parte di quei giudizi penali.

Così operando, l'amministrazione ha aderito alle valutazioni del giudice penale in ordine alla illegittimità della concessione edilizia n. 461/2000, chiaramente espresse nelle due pronunce, e riconducibili al contrasto con le n.t.a. del p.r.g., con il piano particolareggiato del Parco Forlanini e con il vincolo aeroportuale gravante sulla zona.

Alcuna incertezza può esservi quindi su quali siano le ragioni di illegittimità per le quali l'amministrazione ha deciso di annullare la concessione edilizia rilasciata alla So.se.mi.

Né sussiste contraddittorietà e perplessità poiché la motivazione della sentenza della Corte d'Appello non è perfettamente coincidente con quella del Tribunale.

Il giudice d'appello ha, difatti, confermato la sentenza del Tribunale e ne

ha condiviso il percorso motivazionale. Sull'unico, marginale, aspetto in cui si è discostata dalla motivazione del Tribunale - e cioè quale fosse il vincolo preclusivo all'applicazione del d.lgs. n. 32/1998 - la pronuncia della Corte d'Appello è andata a sostituirsi a quanto affermato dal primo giudice.

La legittimità dell'atto del 18.6.2009 non è, poi, inficiata in alcun modo dal richiamo della pronuncia della Corte di Cassazione n. 6868/2009: tale sentenza non contraddice le conclusioni raggiunte dal Tribunale e della Corte d'Appello. Anzi, la Corte di Cassazione, pur dichiarando il reato estinto per prescrizione, afferma di condividere sia in fatto che in diritto la pronuncia della Corte d'Appello.

12.4 Nonostante il giudizio penale si sia concluso con una declaratoria di estinzione del reato, l'accertamento che la concessione edilizia n. 461/2000 è il frutto di un reato di abuso d'ufficio - che è comunque contenuto nella pronuncia della Corte d'Appello, anche se non passata in giudicato, e nella sentenza della Corte di Cassazione - costituisce una ragione che, anche ove non ponga un obbligo per la p.a. di addivenire ad un annullamento del titolo edilizio, in ogni caso, legittima, l'esercizio del potere discrezionale di autotutela.

12.5 Non può trovare accoglimento neppure la censura con cui viene lamentata la mancata valutazione dell'interesse pubblico all'annullamento dell'atto e del pregiudizio arrecato al privato.

Con il provvedimento del 18.6.2009, l'amministrazione non ha motivato in ordine all'esistenza di un interesse pubblico all'annullamento dell'atto. Questo atto è stato integrato dal provvedimento del 16.10.2009, con cui l'amministrazione ha individuato l'interesse pubblico grave ed attuale alla rimozione del titolo edilizio nella necessità che siano evitati rischi per la circolazione aerea ed ha affermato la prevalenza di questo

interesse su quello del privato costruttore, anche perché l'annullamento della concessione edilizia n. 461/00 non comporta demolizioni.

Anche a prescindere da questa integrazione, può comunque ritenersi che nel caso di specie l'interesse pubblico all'annullamento dell'atto sia *in re ipsa* e possa coincidere con l'esigenza di ripristino della legalità violata.

L'accertamento dei fatti è, difatti, passato al vaglio del giudice penale, nei due previsti gradi di giudizio, e non è stato posto nel nulla dalla sentenza della Corte di Cassazione (cfr. anche giurisprudenza in tema di rapporti tra giudizio penale e procedimento disciplinare, secondo cui la pronuncia di non doversi procedere per prescrizione del reato non vale a porre nel nulla gli specifici accertamenti compiuti nel primo grado del giudizio penale, Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4464; T.A.R. Campania Napoli, sez. VI, 23 gennaio 2009, n. 371).

Con la pronuncia n. 6868/2009, al contrario, la Corte, nel dichiarare la prescrizione del reato ha, comunque, confermato la correttezza delle valutazioni fattuali e giuridiche compiute dalla Corte d'Appello.

Il giudizio penale ha, quindi, appurato che la concessione edilizia n. 461/2000 è il frutto di comportamenti illeciti, sia pure prescritti.

A fronte di un tale accertamento, l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto ben può coincidere con l'esigenza di ripristino della legalità violata (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 890, secondo cui, in una fattispecie in cui il Sindaco è stato condannato, con sentenza ex art. 444 c.p.p., per abuso d'ufficio per il rilascio di una concessione edilizia, tale titolo edilizio è nullo, per non essere riferibile - a ragione dell'interruzione del relativo rapporto organico - all'amministrazione comunale).

In ogni caso, con il provvedimento del 16.10.2009, impugnato con i motivi aggiunti, l'amministrazione ha integrato la motivazione del

precedente atto, individuando l'interesse pubblico grave ed attuale alla rimozione del titolo edilizio nella necessità che siano evitati rischi per la circolazione aerea.

La circostanza che il rilascio della concessione edilizia sia il frutto di comportamenti illeciti, che i pareri favorevoli dell'E.n.a.v. e dell'E.n.a.c. – come appurato anche dal giudice penale – abbiano ad oggetto essenzialmente il parcheggio, mentre vi è incertezza su quali siano i “servizi annessi”, l'essere stata l'area ricompresa nella mappa ministeriale, adottata ai sensi dell'art. 715 ter cod. nav., in zona rossa e, dunque, soggetta ad un vincolo di inedificabilità assoluta, il posizionarsi dell'area in questione fra i due coni di decollo e di atterraggio rappresentati dalla pista principale e da quella destinata agli aeromobili privati e le intuibili esigenze di sicurezza, emerse anche in sede penale, che richiedono che anche nella zona cuscinetto tra le due piste sia inibita l'edificazione, sono ragioni più che sufficienti a ritenere legittima la valutazione della p.a. in merito alla sussistenza di un interesse pubblico finalizzato ad evitare rischi per la sicurezza della navigazione aerea.

Né l'integrazione della motivazione operata con il provvedimento del 16.10.2009 può ritenersi illegittima (ed è pertanto infondata la censura, sia pur solo accennata, con il ricorso per motivi aggiunti di violazione del divieto di integrazione postuma della motivazione dell'atto).

È difatti da ritenersi ormai superato l'orientamento giurisprudenziale che escludeva la possibilità per la p.a. di integrare la motivazione di un provvedimento in un momento successivo al ricorso (cfr.: Cons. Stato, sez. V, 20.11.1996 ord. n. 2284; idem 7.9.1995 n. 1290; T.A.R. Napoli I 3.6.2002 n. 3258; T.A.R. Basilicata 11.2.2002 n. 120; Cons. Stato IV, 12.10.2000 n. 5422; T.A.R. Pescara 1.12.1984 n. 335).

Ciò quantomeno con riferimento all'ipotesi – che ricorre nel caso di

specie – in cui la motivazione sia integrata in corso di giudizio con un apposito atto (e dunque non unicamente con gli atti difensivi predisposti dall'amministrazione resistente).

Il ricorrente, sin dall'entrata in vigore della legge n. 205/2000, ha, invero, a disposizione lo strumento del ricorso per motivi aggiunti, mediante il quale, può proporre impugnativa avverso provvedimenti sopravvenuti connessi a quello impugnato con il ricorso principale.

Questa soluzione evita che l'accoglimento del ricorso per il solo vizio formale del difetto di motivazione si traduca in una vittoria meramente processuale, che tuttavia non preclude all'amministrazione di adottare un nuovo analogo provvedimento lesivo, con una motivazione adeguata (cfr. Cons. Giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd. 20.4.1993 n. 149; T.A.R. Molise Campobasso, 29 gennaio 2003, n. 41; T.A.R. Abruzzo Pescara, 14 marzo 2007, n. 323; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I, 12 febbraio 2008, n. 51).

Quanto alla censura con cui la società ricorrente lamenta la mancata considerazione degli interessi privati coinvolti, è sufficiente richiamare il principio affermato dal Consiglio di Stato con le sentenze sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1189 e sez. V, 8 febbraio 2010, n. 592, secondo cui *“in sede di adozione di un atto in autotutela la comparazione tra interesse pubblico e quello privato è necessaria nel caso in cui l'esercizio dell'autotutela discenda da errori di valutazione dovuti all'amministrazione pubblica, non certo in via di principio quando lo stesso è dovuto a causa di comportamenti del soggetto privato che hanno indotto l'autorità amministrativa ad emanare un atto risultato, poi, illegittimo”*.

A fronte di un comportamento illecito – che nel caso di specie è stato pienamente accertato dal giudice penale - non può dunque sussistere alcuna posizione di affidamento meritevole di tutela. Non assume dunque alcun rilievo il lasso di tempo intercorso tra il provvedimento di

annullamento in autotutela ed il rilascio della concessione edilizia.

In ogni caso, l'affidamento del privato è, comunque, escluso anche perché il cantiere è stato sottoposto a sequestro preventivo, da parte dell'autorità giudiziaria, a soli nove mesi dal rilascio del titolo abilitativo ed anche per la ragione – richiamata nel provvedimento del 16.10.2009 - che la concessione edilizia non è mai divenuta efficace e che il suo annullamento non comporta demolizioni, in quanto gli interventi edilizi non sono stati realizzati (ad eccezione del parcheggio, realizzato, come si è visto, in forza di titoli abilitativi diversi dalla concessione edilizia annullata e sul quale il provvedimento di autotutela non ha inciso).

13. Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente censura l'atto per violazione degli artt. 7 e 10, l. n. 241/1990; violazione del principio del contraddittorio; eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione; violazione del diritto ad una buona amministrazione (art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea): l'avviso di avvio del procedimento non avrebbe prospettato affatto l'esito del procedimento che poi si è configurato e le osservazioni del privato non sarebbero state adeguatamente considerate nel provvedimento finale.

Anche questa doglianza non è fondata.

L'amministrazione, con provvedimento del 2 aprile 2009, ha comunicato alla ricorrente l'avvio di un procedimento "finalizzato all'accertamento della sussistenza di un idoneo ed efficace titolo abilitativo per l'esecuzione delle opere" oggetto della concessione edilizia, "nonché per l'eventuale adozione dei provvedimenti conseguenti".

Tale comunicazione, per quanto generica ed imprecisa - non specificando l'intenzione della p.a. di addivenire ad un annullamento in autotutela della concessione edilizia n. 461/2000 - ha comunque

consentito alla ricorrente di partecipare al procedimento e di esporre compiutamente le proprie ragioni in merito alla legittimità del titolo edilizio.

La So.se.mi, con la nota del 10 aprile 2009, non si è invero limitata ad affrontare la questione della efficacia del titolo abilitativo per la mancata ultimazione delle opere entro i termini previsti ma, al punto b), si è soffermata sulla legittimità della concessione, richiamando i pareri favorevoli espressi dall'E.n.a.c., e soprattutto allegando un articolato parere legale che analizza e ribatte a tutte le argomentazioni addotte dalla Corte d'Appello di Milano a sostegno della illegittimità della concessione edilizia.

Né può ritenersi che l'amministrazione avesse un obbligo di replicare puntualmente alle argomentazioni contenute in detto parere, ben potendo - a fronte di un accertamento dei fatti e di una valutazione giuridica che ha passato il vaglio di due gradi di giudizio e, sostanzialmente, anche del terzo - limitarsi ad aderire alle conclusioni cui è giunto il giudice penale.

14. È, poi, infondata la censura di cui al terzo motivo di ricorso, di violazione del principio del *contrarius actus*.

La decisione di addivenire all'annullamento in autotutela della concessione edilizia n. 461/2000 è stata assunta dal dirigente del servizio interventi edilizi maggiori con il coinvolgimento del settore pianificazione urbanistica generale e del settore sportello unico per l'edilizia.

L'intervento di questi organi comunali è da ritenersi sufficiente a garantire il rispetto delle forme procedurali in considerazione delle ragioni di ordine esclusivamente giuridico per le quali l'amministrazione ha deciso di annullare l'ufficio il titolo edilizio e comunque - per quanto

riguarda il principale motivo di annullamento, legato alla esistenza del vincolo aeroportuale - della non necessità di un coinvolgimento dell'E.n.a.c., attesa la competenza del solo Comune a valutare il rispetto delle mappe ministeriali adottate ai sensi dell'art. 715 ter ed il carattere assoluto del vincolo aeroportuale esistente sull'area, quale risultante dalla mappa dei vincoli relativa all'aeroporto di Linate, approvata con d.m. 28 luglio 1976, e come accertato in sede penale.

15. Con il quarto motivo la ricorrente muove una pluralità di censure volte a contestare la valutazione di illegittimità della concessione edilizia rispetto alle previsioni del p.r.g. e del piano particolareggiato del parco Forlanini e rispetto al vincolo aeronautico.

15.1 Con riferimento a quest'ultimo aspetto, ad avviso della ricorrente, il provvedimento impugnato è illegittimo in quanto:

- il Comune non era tenuto a considerare la sussistenza del vincolo aeroportuale, spettando tale compito ad altro soggetto, a ciò espressamente deputato;
- l'intervento edilizio, pur ricompreso in "zona rossa", non ricade nelle direzioni di atterraggio né della pista principale né di quella destinata agli aeromobili privati, quindi non ricade nel vincolo di cui all'art. 715 bis cod. nav. bensì in quello più generale previsto all'art. 715, c. 4 cod. nav.;
- a nulla rileva che l'area sia ricompresa in "zona rossa" in quanto le mappe ministeriali hanno valore ricognitivo del vincolo *ex lege* e non costitutivo;
- lungo tutto viale Forlanini vi sono cartelli pubblicitari e strutture di altezza superiore a quella prevista per le opere della So.se.mi;
- l'amministrazione non ha tenuto in considerazione l'evoluzione della normativa che regola la materia.

15.2 Con ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente propone analoghe censure avverso il provvedimento prot. 776977/2009 del 16.10.2009 con cui l'amministrazione ha integrato e confermato il provvedimento prot. 471759/2009 del 18.6.2009 affermando l'insussistenza di alcun vincolo aeroportuale di inedificabilità, non ricadendo l'aera oggetto di intervento entro le direttrici di decollo e di atterraggio dei velivoli.

15.3 Prima di esaminare le censure, occorre preliminarmente delineare il quadro normativo vigente all'epoca del rilascio della concessione edilizia n. 461/2000 (dunque prima delle modifiche apportate al codice della navigazione dal d.lgs. n. 9 maggio 2005, n. 96).

L'art. 714 cod. nav prevedeva che *“in vicinanza degli aeroporti statali e di quelli privati aperti al traffico aereo civile a norma dell'articolo 709, secondo comma, sono soggetti alle limitazioni stabilite negli articoli seguenti le costruzioni, le piantagioni arboree a fusto legnoso, gli impianti di linee elettriche, telegrafiche e telefoniche, le filovie, funivie e teleferiche, le antenne radio, gli impianti di elevazione, e in genere qualsiasi opera che possa ugualmente costituire ostacolo alla navigazione aerea, sia nelle direzioni di atterraggio che nelle altre direzioni”*.

L'art. 714 bis disponeva che, con decreti del ministro dei trasporti e della navigazione, pubblicati nella Gazzetta ufficiale, venissero determinati le direzioni e la lunghezza di atterraggio, nonché il livello medio sia dell'aeroporto che dei tratti di perimetro corrispondenti alle direzioni di atterraggio..

Ai sensi dell'art. 715 ter cod.nav. le zone soggette alle limitazioni stabilite dagli artt. 714 e ss. erano indicate *“dal ministero dei trasporti e della navigazione su apposita mappa con riferimento a linee naturali del terreno ed a segnali indicatori collocati a cura dello stesso ministero. Il personale incaricato di eseguire i rilievi e di apporre i segnali può accedere liberamente nella proprietà privata. Nel caso di opposizione da parte dei privati, può richiedere l'assistenza della*

forza pubblica.

La mappa è pubblicata mediante deposito per sessanta giorni consecutivi nell'ufficio del comune in cui è situata la zona anzidetta. Chiunque può consultarla. Dell'avvenuto deposito è data notizia, entro i primi quindici giorni, mediante avviso inserito nella Gazzetta ufficiale, nel foglio degli annunci legali della provincia e mediante manifesti affissi in numero congruo, a cura del sindaco, nel territorio del predetto comune. Successivamente, la mappa, corredata di un certificato del segretario comunale attestante l'avvenuto deposito per sessanta giorni consecutivi e l'avvenuta affissione dei manifesti, nonché di un esemplare della Gazzetta ufficiale e del foglio degli annunci legali della provincia contenenti il predetto avviso, è custodita nell'archivio dello stesso ufficio comunale, e può essere consultata in ogni tempo da chiunque [...]'.

15.4 In applicazione di queste disposizioni, il Ministero per i Trasporti, con d.m. 28 luglio 1976, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 221 del 21 agosto 1976, ha determinato le caratteristiche prescritte dall'art. 714 bis cod. nav. relativamente all'aeroporto di Linate; in data 8 settembre 1976 sono state depositate presso gli uffici del Comune di Milano le mappe di cui all'art. 715 ter, relative alle limitazioni delle costruzioni ed impianti nelle zone circostanti l'aeroporto. Del deposito ne è stato dato avviso nella Gazzetta Ufficiale n. 252 del 22 settembre 1976. L'avviso pubblicato in Gazzetta prevedeva che nel termine di centoventi giorni da quello del deposito delle mappe negli uffici comunale chiunque avesse interesse potesse, con atto notificato al Ministero dei trasporti, proporre opposizione alla determinazione della zona soggetta a limitazioni ed al decreto ministeriale del 28 luglio 1976.

Con decreto del 4 luglio 1977 il Ministro per i trasporti ha concluso la procedura di apposizione dei vincoli, dichiarando l'esecutività delle mappe relative alle aree assoggettate a limitazioni delle costruzioni e

degli impianti nelle zone circostanti l'aeroporto di Milano – Linate, per tutti i comuni interessati, compreso quello di Milano.

L'area oggetto dell'intervento edilizio di cui alla concessione n. 461/2000 - che si colloca tra i trenta ed i novanta metri dal perimetro dell'aeroporto, fra i due coni di decollo e di atterraggio rappresentati dalla pista principale e da quella destinata agli aeromobili privati - è ricompresa dalle mappe ministeriali sopra richiamate in una zona di colore rosso, e cioè tra quelle da mantenere "totalmente prive di ostacoli", ai sensi dell'art. 715 bis cod. nav.

15.5 Non può certamente condividersi quanto affermato dalla ricorrente e cioè che il Comune non fosse tenuto a considerare la sussistenza del vincolo aeroportuale: l'art. 715 ter cod. nav. attribuisce, difatti, proprio al Comune la custodia delle mappe ministeriali e, quindi, certamente, anche il compito di assicurarne il rispetto.

15.6 Il Collegio non condivide neppure le conclusioni che la ricorrente trae dai precedenti giurisprudenziali richiamati circa il valore unicamente ricognitivo del vincolo derivante dalla legge e, dunque, non costitutivo.

Tutte le sentenze citate dalla ricorrente hanno ad oggetto fattispecie nelle quali, a fronte della pretesa di ricondurre unicamente alle mappe aeroportuali previste il sorgere del vincolo aeroportuale, hanno affermato l'irrilevanza della mancata emanazione del decreto ministeriale di approvazione ed esecutività delle mappe contenenti le zone soggette a limitazione, ex art. 715 quater cod.nav., in quanto le limitazioni e i vincoli alla proprietà privata nelle fasce circostanti gli aeroporti, stabilite dagli articoli 714 e 715 cod.nav., hanno come unico presupposto di operatività l'esistenza di un aeroporto, sicché la mancata emanazione di un nuovo decreto ministeriale di approvazione delle mappe non può

condizionare l'esistenza del vincolo (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 15 maggio 1998, n. 995; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 12 marzo 1992, n. 76; Tar Aosta, 12 febbraio 2006, n. 12).

In nessuna pronuncia viene però affermata l'irrilevanza di un vincolo risultante dalle mappe.

Né dal principio, accolto nelle pronunce richiamate dalla ricorrente - secondo cui la mancata emanazione del decreto ministeriale di approvazione delle mappe non condiziona l'esistenza del vincolo, derivando tale vincolo già dalla legge - può certo inferirsi la natura meramente dichiarativa dei vincoli previsti dalle mappe ministeriali.

Le mappe ministeriali sono, al contrario, indubbiamente lesive, in quanto con esse vengono concretamente apposti i vincoli aeroportuali previsti dagli artt. 714 e ss. cod. nav., tant'è che la legge prevedeva una serie di garanzie procedurali per la loro adozione.

Alle medesime conclusioni era già giunto il Consiglio di Stato, con la sentenza sez. VI, n. 35/1994, richiamata dalla stessa ricorrente.

Questa pronuncia precisa, invero, che il d.m. con il quale vengono determinate la direzione e la lunghezza di atterraggio ai sensi dell'art. 714 bis, in quanto atto meramente prodromico, non è immediatamente impugnabile per la sua attuale mancanza di lesività (Cons. Stato, sez. IV, 18.10.1967 nn. 485 e 487) in quanto gli elementi che deve determinare non consentono di individuare in concreto i vincoli, le limitazioni ed i divieti cui le zone che circondano gli aeroporti debbono essere sottoposte ai fini della sicurezza del traffico aereo.

Del resto – prosegue il Consiglio di Stato – *“la concreta individuazione dei vincoli, delle limitazioni e dei divieti in argomento è disciplinata dal seguito procedimentale, che prevede la redazione di una mappa provvisoria, il deposito della mappa stessa presso il Comune interessato, il decorso di un termine dilatorio per la*

presentazione di osservazioni ed opposizioni e, infine, l'assunzione del d.m. conclusivo della procedura.

Quest'ultimo vincolo, immediatamente impugnabile per la sua attuale lesività, costituisce le limitazioni, i vincoli ed i divieti in argomenti, prevede il diritto dei proprietari di essere indennizzati in caso di demolizione di costruzioni preesistenti e prevede la sanzione dell'abbattimento senza indennizzo per i manufatti successivamente realizzati in contrasto con le sue statuizioni".

Laddove nell'approntare le mappe dell'aeroporto di Linate – ponendo l'area in questione in zona rossa – il Ministero per i trasporti non avesse applicato correttamente le previsioni di cui agli artt. 714 e ss. cod. nav. era onere della ricorrente proporre opposizione, nelle forme previste nell'avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 252 del 22 settembre 1976, oppure ricorso giurisdizionale avverso tale atto.

Ciò comporta che le censure volte ad affermare, in questa sede, l'insussistenza del vincolo aeroportuale - e, in particolare, la circostanza che l'area sarebbe esterna alle direzioni di atterraggio e di decollo e che dunque ricadrebbe non nel vincolo di cui all'art. 715 bis ma in quello previsto dall'art. 715 c. 4 - sono inammissibili, non avendo la ricorrente proposto impugnazione avverso l'atto di apposizione del vincolo di inedificabilità assoluta sull'area di sua proprietà, adottato ai sensi dell'art. 715 ter cod. nav.

E', difatti, pacificamente inammissibile l'impugnazione giurisdizionale di un provvedimento amministrativo che rimetta in discussione la legittimità del provvedimento definitivo presupposto, divenuto inoppugnabile.

15.7 Presupposto per l'esercizio del potere di annullamento in autotutela è l'illegittimità dell'atto: una volta appurato – anche a seguito di ben due gradi di giudizio – che la concessione edilizia n. 461/2000 è il frutto del

reato di abuso d'ufficio ed è stata rilasciata in contrasto con il vincolo aeroportuale di inedificabilità assoluta gravante sull'area, alcun onere incombeva sull'amministrazione di valutarne l'eventuale legittimità alla luce della normativa sopravvenuta.

Né assumono, infine, alcun rilievo i titoli abilitativi rilasciati dall'amministrazione su aree differenti e sulla base oltretutto di una differente normativa, quale è quella intervenuta con il d.lgs. n. 9 maggio 2005, n. 96.

15.8 Attesa la legittimità del motivo di annullamento legato alla sussistenza del vincolo aeroportuale, la fondatezza delle censure con cui la ricorrente contesta la conformità della concessione edilizia alle previsioni del p.r.g. e del piano particolareggiato del parco Forlanini non porterebbe, comunque, all'annullamento del provvedimento di autotutela.

In presenza di un provvedimento sostenuto da più motivi, ciascuno autonomamente idoneo a darne giustificazione, la giurisprudenza è, difatti, concorde nel ritenere sufficiente che sia verificata la legittimità di uno di essi, per escludere che l'atto possa essere annullato in sede giurisdizionale (Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2006, n. 3259).

16. L'infondatezza e l'inammissibilità della domanda di annullamento dell'atto impugnato comportano anche il rigetto dell'istanza risarcitoria.

17. Per le ragioni esposte il ricorso è in parte inammissibile per carenza di interesse ed in parte infondato.

18. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile per carenza di interesse.

Condanna la ricorrente al pagamento, a favore del Comune di Milano, delle spese del presente giudizio che quantifica in euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre oneri di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carmine Maria Spadavecchia, Consigliere

Silvia Cattaneo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/01/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)