

N. 00579/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01361/2009 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 NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 1361 del 2009, proposto da:
Giuseppe Preite e Gnoato Maria, rappresentati e difesi dagli avv.ti
Roberta Mandelli e Giovanni Brambilla Pisoni, con domicilio eletto
presso quest'ultimo in Milano, via Visconti di Modrone, 6;

contro

Comune di Cassina Rizzardi, rappresentato e difeso dagli avv.ti Alessia
Guarisco e Federico Vanetti, con domicilio eletto presso la prima in
Milano, via Mayr, 10;

nei confronti di

Cesare De Bortoli e Giancarlo Cominardi, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

a. del provvedimento 13 marzo 2009 n. prot. 1349/09, comunicato il
17.3.09, avente ad oggetto l'annullamento in autotutela del permesso di
costruire n. 18 rilasciato il 28.4.2008 per la modifica della recinzione
esistente;

b. degli atti preordinati, conseguenti e/o connessi, comprese le relazioni tecniche Ing. Tenti del 25 novembre 2008 (prot. n. 5395) e del 12 dicembre 2008 (n. prot. 5741),
con la condanna del Comune al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cassina Rizzardi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2012 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 36, co. 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Gli esponenti ottenevano dal Comune di Cassina Rizzardi (Como), un permesso di costruire (n. 18/2008), per la modifica della recinzione esistente sul loro fondo.

Successivamente, ritenendo tale titolo illegittimo, il Comune ne disponeva l'annullamento in autotutela, con provvedimento del 31.7.2008, contro il quale era proposto ricorso al TAR Lombardia (RG 1968/2008).

Quest'ultimo, con ordinanza cautelare della sezione II n. 1438/2008, sospendeva il provvedimento comunale, ravvisando un difetto di competenza del Sindaco nell'adozione del provvedimento medesimo.

L'Amministrazione comunale, di conseguenza, acquisiva dapprima sulla questione una relazione tecnica, redatta dall'ing. Tenti e successivamente, con provvedimento prot. 1349 del 13.3.2009, annullava in autotutela il

pregresso atto di annullamento del 2008 (oggetto del ricorso al TAR n. 1968/2008) e contestualmente annullava anche il permesso di costruire rilasciato agli esponenti, rilevando l'illegittimità di quest'ultimo, in quanto lo stesso avrebbe consentito l'edificazione della recinzione su suolo pubblico e non sull'area dei ricorrenti.

Contro il nuovo provvedimento del 13.3.2009 di annullamento d'ufficio del titolo edilizio, era proposto il presente ricorso, con domanda di sospensiva e di danni, per i motivi che possono così essere sintetizzati:

- 1) violazione del principio *ne bis in idem*, del giudicato cautelare, illegittimità, arbitrarietà ed infondatezza del provvedimento di annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 18/2008;
- 2) decadenza e tardività di ogni eventuale provvedimento di annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 18/2008;
- 3) eccesso di potere, violazione e falsa applicazione L. 241/90 art. 21 *nonies* ed artt. 7-8;
- 4) eccesso di potere, travisamento, falsa ed erronea applicazione della situazione di fatto, carenza di motivazione, infondatezza delle avverse eccezioni e nullità.

Si costituiva in giudizio il Comune intimato, concludendo per il rigetto del gravame.

In esito all'udienza cautelare del 18.6.2009, la domanda di sospensiva era respinta, per mancanza di pregiudizio grave ed irreparabile, con ordinanza n. 766/2009.

Alla pubblica udienza del 9.2.2012, la causa era trattenuta in decisione.

1. Nel primo mezzo di ricorso, si sostiene l'illegittimità del provvedimento di autotutela, per presunto contrasto con l'ordinanza cautelare della scrivente Sezione n. 1438/2008, che aveva sospeso (e non annullato, come scritto erroneamente a pag. 15 dell'atto introduttivo), il

precedente provvedimento comunale di annullamento in autotutela prot. 3552 del 2008 (cfr. per il testo dell'ordinanza, il doc. 32 dei ricorrenti).

La censura è palesemente infondata, tenuto conto che il Tribunale si limitò a sospendere il provvedimento comunale per aver ravvisato – peraltro in sede cautelare e sommaria – l'incompetenza del Sindaco ad adottare un atto ritenuto di esclusiva competenza dirigenziale.

L'ordinanza cautelare succitata non precludeva però al Comune il riesercizio del potere, seppure da parte dell'organo competente, come è poi avvenuto nel caso di specie, attraverso il provvedimento ivi gravato.

A conferma dell'infondatezza del primo mezzo di gravame, si evidenzia che il pregresso ricorso RG 1968/2008 – nell'ambito del quale è stata adottata l'ordinanza cautelare n. 1438/2008 – è stato dichiarato in parte improcedibile ed inammissibile per la restante parte, con sentenza di questa Sezione II, n. 419 del 22.2.2010.

2. Nel secondo motivo, gli esponenti affermano che il Comune sarebbe decaduto dal potere di disporre l'annullamento d'ufficio del titolo edilizio di cui è causa.

La censura, espressa peraltro in termini molto generici, è anch'essa infondata, in quanto la legge non prevede alcun esplicito e determinato termine di decadenza del potere di autotutela dell'Amministrazione, ma regola l'esercizio di tale potere all'art. 21 *nonies* della legge 241/1990, articolo la cui violazione è oggetto di uno specifico motivo di ricorso (in particolare, quello indicato con il numero III).

Ne consegue che non appare configurabile una presunta – e non meglio indicata – decadenza *ex lege* del potere di autotutela (al contrario, si ricordi che il potere di vigilanza e repressione in materia edilizia di cui all'art. 27 del DPR 380/2001 non è soggetto a decadenza *ex lege*).

Si conferma, pertanto, il rigetto del secondo motivo.

3. Ai fini della decisione dei restanti motivi di ricorso, il Collegio ritiene necessario disporre una verifica, ai sensi dell'art. 66 del D.Lgs. 104/2010, come del resto già anticipato in sede di ordinanza cautelare n. 766/2009.

Della verifica viene incaricato il Direttore dell'Agenzia del Territorio di Como o un suo delegato.

Il verificatore dovrà, in particolare, previo esame del permesso di costruire n. 18/2008 e del progetto edilizio relativo oltre che di tutta la documentazione versata in giudizio dalle parti, accertare se, per effetto dell'edificazione effettuata in asserito adempimento del permesso suindicato, la recinzione assentita è stata realizzata non su terreno di proprietà o nella giuridica disponibilità degli esponenti, ma sulla via destinata al pubblico transito (denominata "La Vegetta"), con conseguente restringimento della via stessa.

Per l'effettuazione della propria attività, il verificatore è autorizzato sin d'ora a compiere, sempre in contraddittorio con le parti, le operazioni più opportune, quali ad esempio sopralluoghi sull'area, accesso agli uffici comunali o ad altri uffici pubblici per l'esame della necessaria documentazione.

Le parti sono autorizzate a farsi assistere da propri consulenti tecnici, ai quali dovrà essere trasmesso dal verificatore lo schema della relazione finale per le loro eventuali osservazioni.

Il verificatore dovrà provvedere al deposito della relazione istruttoria con gli annessi documenti entro 90 (novanta) giorni decorrenti dalla notificazione o dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza non definitiva.

Al verificatore viene assegnato un anticipo sul compenso di euro 1.000,00 (mille/00), a carico in solido di entrambe le parti del giudizio,

salvo il conguaglio finale.

Per la prosecuzione della trattazione, è fissata l'udienza pubblica dell'11 ottobre 2012.

4. Atteso il carattere parziale della presente pronuncia, ogni statuizione sulle spese, compreso il compenso per il verificatore, è rinviata alla sentenza definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge in parte e dispone per la restante parte incombenti istruttori, nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Fissa, per la prosecuzione della trattazione, l'udienza pubblica dell'11 ottobre 2012.

Spese al definitivo.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Giovanni Zucchini, Primo Referendario, Estensore

Concetta Plantamura, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2012

IL SEGRETARIO

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