

N. 00645/2013 REG.PROV.COLL.
N. 02425/2002 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 2425 del 2002, proposto da:

Pigozzo Luigi, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Lavatelli, Vincenzo Latorraca, Stefano Fagetti e Micaela Chiesa, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Milano, corso di Porta Vittoria, 47;

contro

Comune di Cernobbio, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Bianchi Angela e Brogginì Elisa, eredi di Pietroboni Luigi e Silvio, rappresentate e difese dagli avv. Antonio Sala, Roberta Bertolani, Federico Dotti e Roberto Dotti, domiciliati presso la segreteria del Tar, in Milano, via Corridoni, n. 39;

per l'annullamento

della concessione edilizia n. 12/2002 rilasciata l'11.4.2002 ai sig.ri Pietroboni e del certificato di assenza del danno ambientale n. 1/2002

del 9.4.2002, nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Angela Bianchi e Elisa Broggin;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2013 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il sig. Luigi Pigozzo impugna il permesso di costruire in sanatoria - avente ad oggetto la realizzazione di muri di sostegno - e il certificato di assenza di danno ambientale, rilasciati dal Comune di Cernobbio a favore dei confinanti, i sig.ri Pietroboni.

2. Questi i motivi di ricorso:

I. violazione dell'art. 34 delle n.t.a. in relazione all'art. 1, l. n. 10/1977, essendo i terreni inseriti in zona F1 ed inedificabili;

II. violazione dell'art. 34 delle n.t.a. ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e difetto di istruttoria: la norma tecnica di attuazione consentirebbe la realizzazione di recinzioni e non di terrazzamenti con relativi muri di sostegno;

III. violazione dell'art. 5 delle n.t.a. con riferimento agli artt. 872 e 873 c.c.; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e difetto di istruttoria: i muri in questione ed i retrostanti terrapieni realizzati artificialmente sarebbero delle costruzioni, tenute al rispetto delle

distanze legali;

IV. violazione dell'art. 13, l. n. 47/1985: il provvedimento sarebbe stato emesso in assenza della doppia conformità, in quanto in contrasto con il p.r.u.g. vigente, in considerazione dell'azzoneamento F1.1 e con il precedente strumento urbanistico;

V. violazione dell'art. 4, l. n. 493/1993;

VI. violazione del d.m. 11.3.1988; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di adeguati accertamenti tecnici; violazione degli artt. 3 e 10, l. n. 241/1990; violazione delle norme a tutela della zona di rispetto per le risorse idriche;

VII. violazione dell'art. 3, l. n. 241/1990 relativamente al parere della commissione edilizia;

VIII. violazione dell'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 80/1988, 51, l. n. 142/1990, art. 2, c. 12, l. n. 191/1998, art. 3, l. n. 241/1990.

3. Il ricorrente chiede altresì il risarcimento dei danni subiti.

4. Si sono costituiti in giudizio i sig.ri Pietroboni chiedendo il rigetto del ricorso.

5. Con ordinanza n. 1919 del 15 luglio 2011, questo Tribunale ha dichiarato l'interruzione del giudizio a causa del decesso dei controinteressati.

6. A seguito della riassunzione del giudizio da parte del sig. Pigozzo, si sono costituite le sig.re Angela Bianchi ed Elisa Broggin, eredi di Luigi e Silvio Pietroboni.

7. All'udienza del 10 gennaio 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Con il primo ed il secondo motivo di ricorso, il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 34 delle n.t.a. in relazione all'art. 1, l. n. 10/1977, essendo i terreni inseriti in zona F1 ed inedificabili ed in quanto la

norma tecnica di attuazione consentirebbe la realizzazione di recinzioni e non di terrazzamenti con relativi muri di sostegno.

Con il terzo motivo, il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 5 delle n.t.a., la quale prescrive la distanza minima delle costruzioni di cinque metri dal confine: a suo avviso, i muri in questione ed i retrostanti terrapieni, che sarebbero stati realizzati artificialmente, sarebbero delle costruzioni, tenute al rispetto delle distanze legali.

I motivi, che possono essere trattati congiuntamente perché strettamente connessi sul piano logico e giuridico, sono privi di fondamento.

Il Collegio è dell'avviso che l'attività istruttoria compiuta nel corso del giudizio civile che si è svolto tra le medesime parti - e che si è concluso con la sentenza del Tribunale di Milano n. 607/07 del 17.4.2007, parzialmente riformata dalla Corte d'Appello di Milano con la sentenza n. 500/12 del 9 febbraio 2012 - sia esaustiva e che possa, pertanto, disattendersi ogni richiesta di consulenza tecnica d'ufficio avanzata dal ricorrente.

La consulenza tecnica d'ufficio disposta dalla Corte d'Appello di Milano - al fine di ottenere chiarimenti in merito alle conclusioni espresse dalla consulenza tecnica depositata nel giudizio di primo grado - ha accertato la funzione di contenimento dei muri e la loro necessità al fine di evitare "il denudamento, il franamento e/o lo scivolamento della terra naturale".

Queste valutazioni sono state recepite nella sentenza della Corte d'Appello n. 500/12 del 9 febbraio 2012, che ha escluso la natura di "costruzioni", agli effetti della disciplina di cui all'art. 873 c.c., dei muri dei muri e dei terrazzamenti realizzati dai sig.ri Luigi Pietroboni e Silvio Pietroboni e quindi la violazione della distanza dal confine, quale prescritta dallo strumento urbanistico vigente.

Il Collegio condivide le conclusioni cui è giunta la Corte d'Appello, ritenendo che - alla luce di quanto accertato dalle consulenze tecniche rese nel corso del giudizio civile - non possa affermarsi che i terrapieni trattenuti dai muri in questione abbiano prodotto un dislivello oppure abbiano aumentato il dislivello già esistente per la natura dei luoghi, presupposto che deve invece sussistere perché i muri possano qualificarsi quali costruzioni (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 24 aprile 2009, n.2579).

Né assume rilievo, ai fini della qualificazione dell'intervento, la circostanza che l'amministrazione abbia rilasciato un permesso di costruire in sanatoria: il rilascio di un permesso di costruire è previsto all'art. 10 d.P.R. n. 380/2001 anche per la realizzazione di interventi diversi dalle nuove costruzioni e, comunque, non incide sulla qualificazione delle opere con esso assentite.

Esclusa la natura di costruzioni delle opere realizzate ed attesa la funzione svolta, di sostenere il terreno al fine evitare movimenti franosi, esse non sono computabili ai fini delle distanze e non violano la destinazione impressa dal p.r.g. all'area in questione, né sono, tantomeno, soggette alle disposizioni che regolano le recinzioni.

Non sussiste quindi la violazione degli artt. 5 e 34 delle n.t.a.

9. Parimenti infondato è il quarto motivo di ricorso con cui viene genericamente lamentato il contrasto delle opere con lo strumento urbanistico vigente all'epoca della loro realizzazione.

Come si è già affermato, non essendo qualificabili come costruzioni, i muri di sostegno non si pongono in contrasto con la destinazione a "verde pubblico - verde piantumato da tutelare" impressa dal precedente strumento urbanistico e con eventuali vincoli di inedificabilità posti da esso previsti, né sono sottoposti alla disciplina

prevista per le recinzioni.

10. Il quinto motivo, con cui viene lamentata la violazione dell'art. 4, l. n. 493/1993, è inammissibile: oltre ad essere formulato in termini dubitativi, lamenta una generica violazione di una norma, l'art. 4, d.l. n. 398/1993, conv. dalla l. n. 493/1993, che disciplinava il procedimento di rilascio delle concessioni edilizie, senza però specificare quali siano i profili di illegittimità che si sarebbero verificati.

11. Sono, poi, infondati anche il sesto ed il settimo motivo di ricorso.

Non sussisteva un obbligo dell'amministrazione di coinvolgere nel procedimento il ricorrente.

Per giurisprudenza costante, invero, quando è proposta una domanda volta ad ottenere il rilascio di un titolo edilizio, il vicino del richiedente può intervenire nel corso del relativo procedimento e può impugnare il provvedimento che accolga l'istanza, ma non ha titolo a ricevere l'avviso dell'avvio del procedimento in quanto ciò comporterebbe un aggravio del procedimento, in palese violazione dei principi di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 1999, n. 1197; 14 marzo 2002, n. 1533; 18 aprile 2005, n. 1773; Tar Liguria, 10 luglio 2009, n. 1736).

Parimenti, il provvedimento non è viziato per difetto di motivazione per non avere la p.a. replicato alle osservazioni formulate nella nota presentata dal ricorrente del 20 febbraio 2002 e nell'allegata relazione redatta dal dott. Landi.

A fronte dell'esercizio di un potere vincolato, quale è quello di rilascio di un permesso di costruire in sanatoria, il provvedimento finale non necessita di altra motivazione che non sia quella della rispondenza dell'opera ai presupposti previsti dalla legge, senza che possa onerarsi l'amministrazione di confutare le osservazioni presentate da un vicino.

Nel caso di specie, il provvedimento impugnato è, quindi, da ritenersi sufficientemente motivato con il richiamo all'indagine geognostica redatta dal dott. Attardo e con l'adesione da parte della p.a. alle valutazioni in essa espresse.

La correttezza di tali valutazioni ha, comunque, trovato conferma nelle conclusioni cui è pervenuta la consulenza tecnica d'ufficio disposta dalla Corte d'Appello di Milano con riferimento alla funzione di contenimento del dissesto idrogeologico svolta dai terrazzamenti. Non sussiste, pertanto, un vizio di istruttoria.

Quanto alle censure formulate avverso il p.r.g. e la classificazione in classe 2 dell'area in questione, esse sono inammissibili poiché tali atti non sono stati oggetto di impugnazione.

12. È invece fondato l'ultimo motivo di ricorso con cui viene lamentata l'incompetenza del sindaco.

Il provvedimento con cui viene affermata l'assenza di un danno ambientale e chiuso il procedimento sanzionatorio previsto all'art. 164, d.lgs. n. 490/1999 è un atto di gestione che deve essere adottato dal dirigente.

L'art. 6, l. n. 127 del 1997, modificando l'art. 51, l. n. 142 del 1990, ha, difatti, previsto alla lett. f) che spettano alla competenza dei dirigenti "i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie"; successivamente, la l. n. 191 del 1998 ha, a sua volta, modificato l'art. 6, l. n. 127 del 1997, introducendo la lett. f bis) secondo la quale spettano ai dirigenti "tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i

poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale;"

13. La domanda risarcitoria va respinta stante l'infondatezza della domanda di annullamento del permesso di costruire in sanatoria e l'annullamento del provvedimento con cui il sindaco ha certificato l'assenza di un danno ambientale per un vizio solo formale, che non esclude ma anzi consente il riesercizio del potere.

14. Per le ragioni esposte il ricorso è in parte infondato ed in parte fondato.

15. Nulla sulle spese nei confronti dell'amministrazione comunale, non costituita in giudizio.

In considerazione della reciproca soccombenza, le spese di lite sono integralmente compensate nei confronti dei controinteressati.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge ed in parte lo accoglie.

Per l'effetto annulla il certificato di assenza del danno ambientale n. 1/2002 del 9.4.2002.

Nulla sulle spese nei confronti dell'amministrazione comunale.

Spese compensate nei confronti dei controinteressati.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario

Silvia Cattaneo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/03/2013

IL SEGRETARIO

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