

N. 01428/2013 REG.PROV.COLL.  
N. 02929/2011 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 2929 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

- Fari Immobiliare S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Mario Rino Orioli e Anna Laura Ferrario, con domicilio eletto in Milano, via Corridoni, 39, c/o la Segreteria del Tar;

**contro**

- Comune di Golasecca, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Liberto Losa, con domicilio eletto presso Liberto Losa in Milano, via Aurelio Saffi,10;

**per l'annullamento**

> 1) quanto al ricorso introduttivo:

-- a) dell'ordinanza-ingiunzione di demolizione dell'Ufficio tecnico del Comune di Golasecca del 12 settembre 2011 n. 34, nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ivi compresi:

-- b) i non noti "accertamenti eseguiti dagli uffici" e

-- c) la nota (comunicazione di avvio del procedimento) 30 maggio 2011 prot. 3976;

nonché, per l'accertamento, ex art. 133, comma 1 c.p.a. dell'illegittimità degli atti e dei comportamenti censurati, previa, occorrendo, c.t.u.;

> 2) quanto ai motivi aggiunti notificati il 14/11/2011 e depositati il successivo 29/11/2011, per l'annullamento dei medesimi atti cit., introducendo due ulteriori motivi (11° e 12°);

> 3) quanto ai motivi aggiunti notificati il 02/01/2012 e depositati il 05/01/2012, per quanto occorrer possa:

-- d) della nota comunale datata 11/11/2011 indirizzata all'avv. Losa;

> 4) quanto ai motivi aggiunti notificati il 17/04/2012 e depositati il successivo 18/04/2012:

-- e) del provvedimento comunale datato 29.03.2012, di convalida dell'ordinanza-ingiunzione del 12.9.2011, relativa ai fabbricati identificati come blocchi 11, 12, 13 in area P.I.I. - Golasecca via C. Battisti;

-- f) della nota a firma del responsabile del Servizio tecnico comunale del 13.3.2012 prot. 1653, notificata in pari data, avente ad oggetto "Avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 legge 241/1990 e s.m.i. relativo ai fabbricati identificati come blocchi 11 - 12 - 13 in area P.I.I. Golasecca via C. Battisti relativo al riesame in autotutela dell'ingiunzione 34/2011 ed annullamento parziale in autotutela del Permesso di Costruire n. 10/2007 e successiva variante" (doc. 34);

--- nonché, ai fini del giudizio ex art. 116 c.p.a.:

per l'annullamento:

-- g) della nota firmata dal Sindaco del Comune di Golasecca del 23 marzo 2012, prot. 1951, ricevuta in pari data, avente ad oggetto "Fari Immobiliare - istanza di accesso - Riscontro" (doc. 37);

-- h) del non conosciuto decreto del Sindaco 29 marzo 2012 n. 4 "con il

qualé il Segretario Comunale è stato nominato responsabile del Servizio tecnico";

e per l'accertamento, ex art. 133, comma 1 c.p.a. dell'illegittimità degli atti e dei comportamenti censurati, oltre all'accertamento ai sensi dell'art. 116 c.p.a., dell'illegittimità della nota del 23.3.2012, di diniego dell'accesso richiesto con istanza del 14 marzo 2012, nonché delle eventuali ulteriori note di diniego, eventualmente nelle more assunte, allo stato non conosciute, o del silenzio eventualmente nelle more maturato, in relazione all'istanza di accesso del 5 aprile 2012 e per l'ordine di accesso e di esibizione dei documenti richiesti con le istanze 14 marzo 2012 e 5 aprile 2012;

> 5) quanto ai motivi aggiunti notificati il 20/05/2012 e depositati l'11/06/2012:

-- i) dell'art. 23 dello Statuto comunale;

-- l) dell'art. 8 del Regolamento locale degli uffici approvato con d.G.C. n. 46/1999.

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

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2013 la dott.ssa Concetta Plantamura e uditi per le parti i difensori Anna Laura Ferrario e Liberto Losa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con l'odierno ricorso, notificato il 26/10/2011 e depositato il successivo 28/10/2011, la s.r.l. Fari Immobiliare (da ora anche solo Fari o Società)

ha impugnato gli atti in epigrafe specificati, assumendone la illegittimità sotto più profili.

La Società, in particolare, si duole dell'ordinanza di demolizione impugnata, poiché adottata in violazione di legge e con eccesso di potere per difetto dei presupposti, di istruttoria e della motivazione.

Con essa il Comune avrebbe ascritto all'esponente, di avere realizzato le tre palazzine oggetto dell'intervento autorizzato (in forza del permesso di costruire del 30/7/2007 n. 10 e della dia del 30/05/2008 n. 31), anziché con la prescritta composizione di 16 appartamenti, 8 per piano per i due piani autorizzati, con 24 appartamenti, avendo realizzato anche 8 appartamenti al piano sottotetto. A tale difformità, stando alle premesse della medesima ordinanza, dovrebbe aggiungersi quella consistente nella modifica della collocazione planimetrica di ogni edificio sul terreno. Da ciò l'ingiunzione di rimozione delle riscontrate difformità entro il termine di 90 giorni, pena l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area indicata nella planimetria allegata, pari a circa 3.700 mq.

La Società ha affidato il gravame a 10 motivi, diretti, quanto ai primi 9, alla negazione della ricorrenza della difformità tra i sottotetti realizzato e quelli autorizzati, e, l'ultimo motivo (il decimo), a censure vertenti sulla parte della motivazione dell'ingiunzione che fa leva sulla collocazione planimetrica degli edifici.

Si è costituito il Comune di Golasecca con controricorso depositato il 14/11/2011, controdeducendo alle censure avversarie.

Con ordinanza n. 1707, del 18/11/2011, la Sezione ha accolto la domanda cautelare formulata in via incidentale, apprezzando il fumus in ordine alla dedotta insussistenza delle contestate difformità tra quanto realizzato e quanto autorizzato.

Con motivi aggiunti notificati il 14/11/2011 e depositati il successivo 29/11/2011, la Società ha introdotto due ulteriori motivi (rubricati dall'11° al 12°) che si appuntano sulla previsione dell'acquisizione gratuita in caso di inottemperanza contenuta nell'ordinanza di demolizione.

Con motivi aggiunti notificati il 2/1/2012 e depositati il successivo 5/1/2012 Fari ha impugnato "per quanto occorrer possa" la nota datata 11.11.2011 contenente "relazione tecnica", indirizzata all'avv. Losa, con cui il Comune ha puntualizzato di non avere mai autorizzato lo spostamento planimetrico rispetto alla posizione originariamente indicata nella tavola 4, allegato 4/4 del permesso di costruire 10/2007. I motivi (rubricati dal 13° al 17°) gravitano tutti attorno alla questione dello spostamento planimetrico.

Con provvedimento datato 29-03-2012 n. 2067 di prot. il Comune è intervenuto in autotutela sull'ordinanza n.34/2011, eliminando la parte dell'apparato motivazionale che faceva leva sulla difformità dei sottotetti, e "convalidando" la restante motivazione, imperniata sulla traslazione planovolumetrica degli edifici, in zona sottoposta a vincolo paesaggistico, di per sé idonea a giustificare la sanzione della demolizione.

Con motivi aggiunti notificati il 17-04-2012 e depositati il successivo 18-04-2012 l'esponente ha esteso l'impugnazione al su citato provvedimento di convalida, nonché alla "nota" del 23-03-2012 di diniego di accesso agli atti richiesto in data 14-03-2012, ovvero, al silenzio-rigetto eventualmente formatosi sulla richiesta di accesso del 05-04-2012.

Con ordinanza n. 669 dell'11/5/2012 la Sezione ha richiesto documentati chiarimenti sia al Comune che all'ENEL, in ordine all'esistenza ed esatto collocamento del cavo dell'ENEL, addotto da parte ricorrente a giustificazione dello spostamento planimetrico di cui

trattasi. Indi, apprezzato il fumus boni iuris in ordine al dedotto vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, è stata sospesa l'efficacia dell'ordinanza da ultimo impugnata.

Con motivi aggiunti notificati il 21-05-2012 e depositati il successivo 23-05-2012 la Società ha esteso l'impugnazione in tema di accesso alla nota del Comune del 20-04-2012, poiché con essa sarebbero stati sottratti all'ostensione gli eventuali pareri legali, le eventuali informazioni sulla collocazione del cavo elettrico, alcune note interne e gli atti di sostituzione del responsabile del servizio.

Con motivi aggiunti notificati il 28-05-2012 e depositati l'11-06-2012 è stata estesa l'impugnazione all'art. 23 dello Statuto comunale e all'art. 8 del Regolamento comunale degli uffici.

Con motivi aggiunti notificati il 22.06.2012 e depositati il successivo 29-06-2012 è stato esteso il ricorso in tema di accesso al silenzio-diniego formatosi sulla richiesta di riesame del 24-04-2012 e sull'istanza di accesso integrativa del 3-05-2012.

Con ordinanza n.2432 del 28/09/2012 la domanda di accesso è stata dichiarata improcedibile, mentre è stata rinviata al definitivo la decisione sulle spese e sulla domanda ex art. 26, co. 2 c.p.a.

In vista dell'udienza di merito entrambe le parti hanno depositato memorie e repliche.

All'udienza pubblica del 21 febbraio 2013 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

## DIRITTO

Preliminarmente, il Collegio deve soffermarsi sulle eccezioni sollevate da parte resistente, di seguito sinteticamente riportate:

1) eccezione di improcedibilità del ricorso introduttivo, per sopravvenuta carenza di interesse delle censure legate alla vicenda dei

sottotetti, avendo il Comune modificato l'ordinanza originaria eliminando ogni riferimento alla predetta vicenda;

2) irricevibilità e/o inammissibilità di tutti i motivi aggiunti afferenti la questione del posizionamento piani volumetrico, in quanto irrimediabilmente tardivi, benché riferiti al provvedimento del 29-03-2012 che, però, in parte qua, sarebbe meramente confermativo di quello impugnato col ricorso introduttivo.

L'eccezione di improcedibilità del ricorso introduttivo merita accoglimento, mentre deve essere al contempo respinta quella di irricevibilità.

Al riguardo, il Collegio ritiene utile chiarire i termini della relazione esistente fra l'ordinanza originaria (n.34 del 12-09-2011) e la successiva (del 29/03/2012) cd. convalida.

La prima, ingiungeva la demolizione sul presupposto della rilevata difformità tra quanto realizzato e quanto autorizzato, sotto un duplice profilo:

- a) quanto all'altezza del sottotetto;
- b) quanto alla collocazione planimetrica dei fabbricati.

In tal senso, non si reputa condivisibile l'impostazione di Fari, laddove sostiene che la prima ordinanza si fonderebbe unicamente sulla difformità dei sottotetti, essendo – per contro - chiaramente indicata nelle sue premesse la problematica della collocazione planimetrica, non ulteriormente approfondita nel corpo dell'atto solo perché l'amministrazione si è soffermata a controdedurre alle osservazioni dell'esponente, vertenti soltanto sulla questione dei sottotetti.

Successivamente, in sede di procedimento di riesame, avviato con la comunicazione datata 13-03-2012 (concernente il “riesame in autotutela dell'ingiunzione n 34/2011 ed annullamento parziale in autotutela del

permesso di costruire n.10/2007 e successiva variante”), il Comune si è avveduto che la questione dei sottotetti doveva essere diversamente valutata, in sede di eventuale procedimento di parziale annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 10/2007, sicché la stessa questione non è apparsa più idonea a sorreggere la intimata demolizione. Nel predetto avviso si è, da un lato, dato atto che, contrariamente a quanto riscontrato nella precedente ordinanza, non emergono più difformità fra i locali sottotetto e le previsioni progettuali assentite, ancorché i volumi così ricavati dal sottotetto risultino “in toto eccedenti rispetto alla volumetria prevista e consentita dal P.I.I. di Via Cesare Battisti”, determinando per ciò la necessità di procedere all’annullamento parziale in autotutela del permesso di costruire n.10/2007.

Allo stesso tempo, l’amministrazione ha riesaminato anche l’altro argomento posto a sostegno dell’ordinanza n.34/2011 (ovvero, la questione della collocazione planimetrica) giungendo per esso, dopo un’articolata motivazione, alla conclusione che “gli scritti difensivi e i documenti depositati da Fari Immobiliare srl non hanno apportato elementi idonei a confutare le ragioni che hanno costituito presupposto per l’avvio del procedimento di cui all’atto in data 13-03-2012”.

Indi, con il provvedimento del 29-03-2013, attinto dai terzi motivi aggiunti, il Comune ha concluso uno soltanto dei due procedimenti avviati con la comunicazione del 13-03-2012, quello di riesame, pervenendo così alla “convalida” dell’ordinanza-ingiunzione del 2011 (sia pure con una proroga del termine concesso per la riduzione in pristino degli immobili); per il resto, lo stesso ente ha formulato “riserva di avviare separato procedimento prefigurato alla verifica della sussistenza dei presupposti per l’annullamento parziale...”.

A ben vedere, quindi, l'amministrazione ha inteso effettivamente accedere ad una convalida dell'ordinanza n.34, sul presupposto della necessità di emendare la stessa del vizio di istruttoria e, quindi, di motivazione da cui appariva affetta (sia pure all'esito del giudizio sommario espresso da questo tribunale con l'ordinanza n. 1707 del 18/11/2011, oltreché delle argomentazioni contenute nell'odierno ricorso).

La convalida rappresenta, infatti, un istituto del diritto amministrativo facente parte del più ampio genus dei procedimenti di autotutela (nella specie di quelli di "convalescenza"), in virtù dei quali l'amministrazione ha la facoltà di sanare i propri atti affetti da vizi di legittimità, in applicazione, del principio di economia dei mezzi giuridici e di conservazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 9/7/2010 n.4460).

Essa consiste, come chiarito da una recente decisione del Giudice amministrativo d'appello (cfr. Cons. Stato IV, sentenza 14-10-2011, n. 5538), in una manifestazione di volontà della pubblica amministrazione volta ad eliminare il vizio dell'atto (originariamente) invalido, in genere per vizi formali o di procedura o per incompetenza, ma senza barriere invalicabili per i vizi più sostanziali (cfr. Cons. Stato VI, sentenza 07 maggio 2009, n.2840; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I - sentenza 30 agosto 2006 n. 585, secondo cui la formulazione degli artt. 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, aggiunto dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, e 6 della legge 18 marzo 1968, n. 249 "...- sotto un profilo letterale e logico-sistematico - legittima l'interpretazione per cui, in sede di convalida, non è precluso per l'Amministrazione addurre ulteriori motivazioni rispetto a quelle effuse con il provvedimento convalidato o, tampoco, sviluppare le motivazioni originarie: in tal caso il nuovo provvedimento viene ad assumere una

duplice veste, atteggiandosi contemporaneamente ad atto di convalida ed a nuovo atto dispositivo. Se così è, va subito detto che sono destituiti di fondamento i rilievi attorei incentrati sulla circostanza che il Consiglio comunale, con la deliberazione n. 25 del 2006, avrebbe indebitamente esteso l'apparato motivazionale della determinazione sindacale gravata dal ricorso principale”).

Valorizzando le ragioni di economia dei mezzi giuridici, la giurisprudenza ha, già in passato, consentito l'esercizio del potere di convalida al cospetto di un atto sub iudice (cfr. Cons. Stato Sez. IV 26/6/1998 n.991). Oggi l'ammissibilità della convalida di un atto nelle more del giudizio è da ritenersi fuor di dubbio alla luce della novella recata dall'art.21 nonies della legge n.241/90, norma che ha previsto la possibilità, in generale, di convalidare il “provvedimento annullabile”, per “ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole”, senza ravvisare alcuna causa preclusiva nella pendenza di un giudizio.

Nel caso di specie, allora, si deve ritenere che la convalida del 29/3/2012 rappresenti un provvedimento nuovo e autonomo rispetto a quello da convalidare, di carattere costitutivo, che si ricollega all'atto convalidato (ordinanza n.34/2011), ma senza sottrarsi al sindacato giurisdizionale (cfr. Cons. Stato Sez. V sent. 24/04/2013 n. 2278).

Anche sotto il profilo dell'ambito oggettivo di applicazione, va ribadito che l'amministrazione qui resistente non ha ecceduto i limiti dell'istituto, atteso che, se è vero che il potere di convalida è stato esercitato nel tempo per lo più per vizi formali, è in relazione alla rimozione di una causa di annullabilità che esso viene ora espressamente previsto dall'art. 21- nonies, senz'altre preclusioni in relazione ai vizi sanabili, salva la verifica delle “ragioni di interesse pubblico” e del “termine ragionevole” (cfr. sul rapporto di specie a genere che lega la ratifica alla convalida e

sulla riferibilità di quest'ultima a tutte le ipotesi di illegittimità dell'atto amministrativo annullabile Cons. Stato n. 2840/2009 cit.).

La convalida del 29/03/2012 è stata, quindi, correttamente assunta per sanare l'originaria ordinanza di demolizione dai vizi di istruttoria e di motivazione da cui è risultata affetta, secondo quanto sopra meglio specificato.

Ne consegue che, il ricorso introduttivo deve essere dichiarato improcedibile, al pari dei primi motivi aggiunti depositati il 29/11/2012, nella parte afferente il provvedimento (l'ordinanza n.34/2011), sostituito dalla successiva convalida del 29/03/2012; per il resto va dichiarato inammissibile, in quanto riferito ad atti "interni" o, comunque, privi di valore provvedimentoale.

Ad analoga conclusione deve pervenirsi per i secondi motivi aggiunti (dep. il 02/01/2012), attenendo anch'essi ad un atto "interno", ovvero a una nota di chiarimento del Comune rivolta all'avvocato incaricato della difesa dell'ente nell'odierno giudizio, priva come tale di valore provvedimentoale; da ciò l'inammissibilità per difetto di interesse.

Passando ad esaminare i terzi motivi aggiunti, vertenti sia sul provvedimento di convalida (e connessa comunicazione di avvio del relativo procedimento), che sull'accesso agli atti, deciso con separata ordinanza di improcedibilità, il Collegio osserva quanto segue:

- con plurime censure la Società ripropone qui doglianze afferenti la questione dei sottotetti che, come sin qui evidenziato, non hanno più ragion d'essere, non essendo più la predetta questione alla base della riduzione in pristino imposta con la convalida;
- consegue da ciò che le predette censure siano del tutto inammissibili per totale carenza di interesse all'impugnazione.

Per il resto, con i primi due motivi la Società deduce la nullità della

convalida per violazione ed elusione del giudicato cautelare, per carenza di potere e violazione dell'art. 21 septies della legge n.241/1990, poiché l'amministrazione non avrebbe potuto riesercitare il potere oggetto qui di giudizio, ripristinando gli effetti di un atto già sospeso in sede cautelare.

I motivi sono infondati.

Il Comune di Golasecca ha riesaminato il provvedimento sospeso con l'ordinanza cautelare n. 1707/2011 e, solo all'esito della rinnovata istruttoria procedimentale, previa eliminazione della parte della motivazione su cui si accentravano le censure articolate nel ricorso introduttivo, ha adottato la convalida del 29/3/2012.

Si tratta quindi, come già detto, di un provvedimento che, eliminando quella parte della precedente motivazione che faceva leva sulla difformità dei sottotetti, ha rafforzato, all'esito di una rinnovata valutazione degli atti in possesso della stessa amministrazione, la motivazione radicata sullo spostamento planimetrico degli edifici, pervenendo per ciò nuovamente ad ingiungere la riduzione in pristino dei predetti fabbricati.

Tenuto conto che l'ordinanza n. 1707/2011 di questo Tribunale aveva accolto la domanda cautelare sul presupposto della permanenza di dubbi sull'esistenza delle suddette difformità, non può ritenersi che la stessa ordinanza impedisse un ripensamento, a fini chiarificatori, da parte dell'amministrazione. Tale ripensamento, approvato, come già detto, alla eliminazione della questione dei sottotetti dalle premesse del provvedimento impugnato, risulta immune dalle dedotte censure di nullità.

Residua la questione della collocazione planimetrica, sulla quale però non si può ritenere, come vorrebbe la difesa resistente, che la ricorrente

non possa più muovere censure in sede di impugnazione della convalida del 29/3/2012, come se si fosse in presenza di un atto meramente confermativo della precedente ingiunzione demolitoria.

In realtà, anche riguardo alla questione planimetrica, la convalida, come già detto, non si atteggia come atto meramente confermativo, poiché essa risulta pur sempre adottata all'esito di un autonomo procedimento, avviato dalla p.a. con la comunicazione del 13/03/2012, in relazione al quale la ricorrente ha partecipato fornendo le sue osservazioni, a cui l'amministrazione ha controdedotto, anche in ordine all'aspetto della collocazione planimetrica, in modo certamente più approfondito di quanto non avesse fatto nella precedente ordinanza n.34/2011.

Esclusa la natura di atto meramente confermativo del provvedimento del 29/03/2012, ne consegue la ricevibilità delle censure contro di esso proposte, anche per la prima volta, in relazione alla problematica della collocazione planimetrica, con i motivi aggiunti notificati il 17/04/2012.

Deve, per contro, essere rilevata l'inammissibilità delle censure introdotte ai motivi rubricati dal n. 13 e ss. e di quelle richiamate in via derivata atteso che:

- attenendo alla questione dei sottotetti, esse non sono supportate da alcun interesse al ricorso, posto che, al momento, su tale questione, la p.a. si è "riservata di avviare separato procedimento prefigurato alla verifica della sussistenza dei presupposti per l'annullamento parziale in autotutela" dei titoli edilizi già perfezionati, sicché su tale aspetto non è ravvisabile, allo stato, alcuna lesione degli interessi dell'istante, autonomamente riferibile alla citata convalida;

- analogamente inammissibili sono, poi, le censure richiamate in via di invalidità derivata, essendo stata stralciata dal provvedimento del 29/03/2012 la parte della motivazione dell'originaria ordinanza

n.34/2011 vertente su tale aspetto.

Quanto alle restanti censure dedotte in via subordinata, con esse la ricorrente deduce come vizi di legittimità il difetto dei presupposti e dell'oggetto stesso della convalida, atteso che l'atto convalidato non recherebbe alcun riferimento alla problematica della collocazione planimetrica degli edifici.

Il motivo è infondato.

Come già accennato in precedenza, esaminando i rapporti fra la convalida e l'ordinanza n.34/2011, quest'ultima faceva riferimento in motivazione anche alla diversa collocazione planimetrica dei fabbricati, sicché correttamente l'amministrazione ha ripreso in sede di convalida tale profilo della motivazione originaria, esplicitandone meglio la portata in esito a rinnovata ponderazione.

Ancora, l'esponente deduce la violazione di legge (art. 6 della legge n. 249/1968) e l'ulteriore carenza di presupposto, stante che qui, non soltanto l'atto convalidato sarebbe sub iudice e sospeso in via cautelare, ma, addirittura, non sarebbe affetto da alcun vizio di incompetenza, l'unico su cui avrebbe potuto validamente intervenire il potere di convalida.

Il motivo è infondato.

Richiamando anche qui le considerazioni già esposte in precedenza, va ribadito, usando le parole del Consiglio di Stato, che "l'ammissibilità della convalida di un atto nelle more del giudizio è da ritenersi ormai fuor di dubbio in virtù delle disposizioni contenute nell'art. 21 nonies della L. 7 agosto 1990, n. 241" (così, Cons. di Stato, Sez. V, Sent., 24-04-2013, n. 2278; id., sez. IV, 14 ottobre 2011, n. 5538; id., sez. VI, 7 maggio 2009, n. 2840)". Per la stessa ragione non può limitarsi l'ambito della convalida al solo vizio di incompetenza, non essendo stata ripresa tale

limitazione nella norma da ultimo citata (cfr., al riguardo, le argomentazioni della sentenza del Cons. di Stato n. 2840/2009 già cit.).

Si può passare, a questo punto, ad esaminare direttamente il motivo rubricato sub n.5 dei motivi aggiunti in esame, trattandosi di motivo che, nei sensi di seguito specificati, merita di essere condiviso.

L'esponente sostiene, qui, che vi sarebbe un difetto di istruttoria e di motivazione della convalida, oltreché una violazione dei principi di partecipazione da parte del Comune di Golasecca, nell'ambito del procedimento che ha condotto all'adozione dell'atto qui contestato.

Ciò, in quanto la Società avrebbe pienamente assolto all'onere su di essa incombente del cd. principio di prova in ordine alla richiesta di autorizzazione alla diversa collocazione planimetrica degli edifici de quibus, mentre il Comune sarebbe rimasto del tutto inerte, sia all'epoca della presentazione della dia in variante, che in occasione della prima ordinanza di demolizione e, quindi, in sede di convalida.

Il motivo è, nei sensi di seguito specificati, fondato.

In effetti, ritiene il Collegio che debba essere valorizzata l'indicazione contenuta nella dia in variante del 30/5/2008 ove, a proposito della "relazione illustrativa", si legge che "Nella planimetria generale vengono indicati gli spostamenti dei fabbricati rispetto alla posizione originaria, in quanto l'ENEL ha rettificato la posizione che aveva comunicato alla FARI Immobiliare in prima istanza della linea sotterranea da 15000 volt" (cfr. dia in atti).

Tale dichiarazione, infatti, non poteva essere del tutto offuscata dall'amministrazione, sol perché priva del riscontro della richiamata planimetria. Per vero, in disparte l'affermazione dell'esponente secondo cui (come confermato dalle dichiarazioni sostitutive di atto notorio provenienti dai componenti della commissione paesaggistica che si è

espressa in ordine alla suddetta dia) la planimetria a suo tempo allegata alla dia sarebbe stata smarrita da parte dello stesso Comune, resta il dubbio sull'ambito della richiesta variante che, stando alla relazione illustrativa, includerebbe anche la modifica planimetrica.

Ebbene, ritiene il Collegio che, al cospetto di tale dichiarazione il Comune, avvedendosi della mancanza della richiamata planimetria, avrebbe dovuto attivare i propri poteri al fine di ottenere dal soggetto interessato il documento mancante, facendo leva sui poteri istruttori di verifica della completezza della documentazione presentata, ai sensi dell'art. 42, co. 8 legge reg. n. 12/2005.

In mancanza, e a maggior ragione in sede di convalida, il Comune avrebbe dovuto dare effettività al contributo offerto dall'istante in sede di partecipazione procedimentale, approfondendo la problematica emersa a proposito della presenza del cavo dell'ENEL in prossimità degli scavi previsti per gli edifici de quibus.

L'inerzia del Comune su tale approfondimento istruttorio (pervicacemente mantenuta anche in esito alla ordinanza istruttoria di questa Sezione n. 669/2012, volta ad ottenere documentati chiarimenti in ordine alla esatta collocazione del predetto cavo dell'ENEL) non può non essere stigmatizzata, atteso che il Comune avrebbe dovuto attivarsi per chiarire tale circostanza fattuale, di portata dirimente al fine di accertare l'esistenza e la consistenza della difformità della contestata diversa collocazione planimetrica realizzata da Fari, rispetto a quanto a suo tempo autorizzato col permesso di costruire n. 10/2007.

Si deve, per tale via, confermare la conclusione già raggiunta in sede di cognizione sommaria, nel senso della fondatezza delle censure di eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione contenute nel motivo n. 5, che risulta nei sensi suesposti fondato.

Per tale ragione i motivi aggiunti come sopra formulati, assorbite le censure non espressamente scrutinate, devono essere accolti, con conseguente annullamento della convalida del 29/03/2012.

Possono essere, altresì, assorbite le censure formulate con i motivi aggiunti depositati l'11/06/2012, trattandosi di puntualizzazioni dei motivi aggiunti depositati il 18/04/2012, già in parte assorbiti.

Conclusivamente, quindi, il Collegio così statuisce sul ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe specificati:

- dichiara in parte improcedibile e in parte inammissibile il ricorso introduttivo;
- dichiara improcedibile il primo atto di motivi aggiunti;
- dichiara inammissibile il secondo atto di motivi aggiunti;
- accoglie nei sensi di cui in motivazione il terzo atto di motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla la convalida con essi impugnata;
- dichiara inammissibili i motivi aggiunti depositati l'11/06/2012, stante l'annullamento del provvedimento di convalida già conseguito con l'accoglimento del terzo atto di motivi aggiunti.

Sulle spese il Collegio, in considerazione dell'andamento complessivo della causa, del mancato rispetto del principio di sinteticità da parte dell'esponente (artt. 3, co. 2 e 26, co. 1 c.p.a.), anche nel connesso giudizio di accesso agli atti, avuto riguardo alla pluralità degli atti richiesti in ostensione e all'atteggiamento nel suo complesso collaborativo da parte dell'amministrazione, ritiene giusto disporre l'integrale compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti, come in

epigrafe proposti, così statuisce:

- dichiara in parte improcedibile e in parte inammissibile il ricorso introduttivo;
- dichiara improcedibile il primo atto di motivi aggiunti;
- dichiara inammissibile il secondo atto di motivi aggiunti;
- accoglie nei sensi di cui in motivazione il terzo atto di motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla la convalida con essi impugnata;
- dichiara inammissibili i motivi aggiunti depositati l'11/06/2012, stante l'annullamento del provvedimento di convalida già conseguito con l'accoglimento del terzo atto di motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 21 febbraio 2013 e 17 maggio 2013, con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Zucchini, Presidente FF

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario

Concetta Plantamura, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/05/2013

IL SEGRETARIO

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

