

Pubblicato il 16/07/2018

Sent. n. 703/2018

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 913 del 2016, proposto da Boifava Giovanni, rappresentato e difeso dall'avv. Gianluca Trombadore, con domicilio digitale presso l'indirizzo PEC indicato nell'atto introduttivo e domicilio fisico eletto presso lo studio del predetto legale, in Brescia, alla via A. Diaz n. 9

contro

il Comune di Nuvolento, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Mauro Ballerini, con domicilio digitale presso l'indirizzo PEC indicato nella memoria di costituzione e domicilio fisico eletto presso lo studio del predetto legale, in Brescia, viale della Stazione n. 37

per l'annullamento

- del provvedimento dell'Ufficio intercomunale Mazzano – Nuvolento Edilizia privata ed urbanistica prot. n. 540 del 21 gennaio 2016, notificato il successivo 2 febbraio, con cui è stato opposto diniego definitivo alla richiesta di condono edilizio prodotta in data 28 marzo 1986 *ex lege* 47/1985;

- dell'ordinanza n. 5/2016 del 9 febbraio 2016, notificata in data 17 marzo 2016, con cui è stata ingiunta la demolizione e messa in pristino delle opere abusive realizzate in assenza di nulla osta idraulico;

- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2018 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Esponde il ricorrente di aver promosso, con atto depositato in data 25 maggio 2016, ricorso straordinario al Capo dello Stato avverso il provvedimento indicato in epigrafe.

A seguito di opposizione da parte del Comune di Nuvolento, con la quale è stata chiesta la trasposizione del gravame in sede giurisdizionale, il ricorrente si è costituito in giudizio dinanzi a questo Organo di giustizia.

Evidenzia di essere proprietario dell'unità immobiliare catastalmente identificata al mapp. 93, fg. 7, N.C.T. del Comune di Nuvolento; e soggiunge di aver ivi edificato, nel 1975, un corpo accessorio destinato a portico, garage e ripostiglio al servizio della propria abitazione, in fregio al torrente Rudone.

In data 29 maggio 1986, veniva presentata istanza di condono ai sensi della legge 47 del 1985.

Solo in data 13 gennaio 2015, l'Amministrazione chiedeva integrazione documentale relativamente alla pendente pratica edilizia (sollecitando, fra l'altro, la produzione del nulla osta di polizia idraulica).

Con istanza del 19 marzo 2015, il ricorrente provvedeva a richiedere siffatto nulla osta; e, senza attendere l'esito della vicenda procedimentale di competenza dell'Autorità regionale il Comune adottava le avversate determinazioni, avverso le quali vengono dedotte le seguenti doglianze:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 96, lett. f), del R.D. 523/1904, in combinato disposto con l'art. 9.2.1. del Piano delle Regole – Norme Tecniche di Attuazione del P.G.T. del Comune di Nuvolento e con l'art. 6 del documento di Piano A01CSG elaborato tecnico normativo del reticolo idrico minore. Violazione degli artt. 3 e 6 della legge 241 del 1990: connessi profili di eccesso di potere per carenza motivazionale ed istruttoria. Mancata considerazione dei reali presupposti di fatto e di diritto. Violazione del principio del giusto procedimento.

La normativa indicata in epigrafe, dopo aver individuato all'interno del centro edificato di una fascia ad alto grado di tutela estesa per metri 4 dalle sponde del torrente Rudone, disciplina gli interventi edilizi non realizzabili e quelli, diversamente, eseguibili previo nulla osta idraulico (fra i quali rientrano gli interventi che non siano in grado di influire, né direttamente, né indirettamente, sul regime del corso d'acqua).

Il manufatto posto in essere dalla parte ricorrente, di modesta entità, rientrerebbe, appunto, in tale categoria di opere, non risultando di intralcio alla manutenzione del torrente.

2) Ulteriore violazione dell'art. 3 della legge 241 del 1990. Connessi profili di eccesso di potere per carenza motivazionale e per non avere la resistente esplicitato l'interesse pubblico preminente nel provvedimento demolitorio impugnato, emanato dopo un lasso di tempo assai significativo.

Nel dare atto del rilevante arco temporale intercorso fra l'adozione del provvedimento gravato, da una parte, e la realizzazione del manufatto e la domanda di condono, dall'altra (rispettivamente, circa 40 e 30 anni), lamenta parte ricorrente l'inadeguatezza motivazionale della determinazione, in punto di interesse pubblico, anche a fronte dell'affidamento consolidatosi.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale, è stata da questa Sezione accolta con ordinanza n. 492 del 19 ottobre 2017.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza dell'11 luglio 2018.

DIRITTO

1. Il provvedimento di diniego di condono edilizio ex art. 32 della legge 28 febbraio 1985 n. 47, con il presente ricorso gravato, è motivato con riferimento alla realizzazione delle seguenti opere:

- garage con superficie di mq. 20,07
- portico con superficie di mq. 29,77
- ripostiglio con superficie di mq. 9,36
- centrale termica con superficie di mq. 7,80
- pollaio con superficie di mq. 5,00
- lavanderia con superficie di mq. 18,83

le prime tre delle quali poste in essere a distanza inferiore a mt. 4,00 dal piede dell'argine del torrente Rudone e quindi nella zona di inedificabilità assoluta dettata dall'art. 96, lett. f), del R.D. 25 luglio 1904 n. 523 e dall'art. 9.2.1 delle N.T.A. del Piano delle Regole del vigente P.G.T. classe 4a "Area di pertinenza di corso d'acqua esondabile in concomitanza di piene ordinarie e/o soggetta a fenomeni erosivi collegati all'attività idrica".

Con richiesta di integrazione documentale del 13 gennaio 2015, il resistente Comune di Nuvolento chiedeva al ricorrente il deposito, entro giorni sessanta, del nulla osta di Polizia idraulica previsto dal R.D. 25 luglio 1904 n. 523, rilasciato dalla competente Regione Lombardia.

Tale termine spirava inutilmente (senza, quindi, che il nulla osta di che trattasi venisse rilasciato).

2. Quanto sopra osservato, si rammenta come l'art. 96, lett. f) del R.D. 25 luglio 1904 n. 523, stabilisca che *“Sono lavori ed atti vietati in modo assoluto sulle acque pubbliche, loro alvei, sponde e difese ... le piantagioni di alberi e siepi, le fabbriche, gli scavi e lo smovimento del terreno a distanza dal piede degli argini e loro accessori come sopra, minore di quella stabilita dalle discipline vigenti nelle diverse località, ed in mancanza di tali discipline, a distanza minore di metri quattro per le piantagioni e smovimento del terreno e di metri dieci per le fabbriche e per gli scavi”*.

Le Norme Tecniche di Attuazione del Piano delle Regole del Comune di Nuvolento, d'altro canto, confermano le previsioni della illustrata disciplina statale:

- escludendo (punto 9.2.1) per le aree incluse in classe 4a *“qualsiasi nuova edificazione, se non per opere tese al consolidamento e alla sistemazione idrogeologica per la messa in sicurezza dei siti”*

- ed ammettendo, *“per gli edifici esistenti ... esclusivamente le opere relative ad interventi di demolizione senza ricostruzione, manutenzione ordinaria e straordinaria, restauro, risanamento conservativo”*.

Coerente con la pianificazione attuativa di cui sopra è, poi, l'Elaborato tecnico-normativo per il reticolo idrico (A01cSG del Documento di Piano), all'interno del quale la citata sottoclasse 4a, *“in cui la restrizione della fattibilità va soprattutto intesa a tutela del reticolo idrografico naturale, è rappresentata dalla Fascia ad alto grado di tutela istituita nel suindicato Elaborato”*; e che consente (art. 6.2, lett. a) *“solo dopo espressa autorizzazione e/o nulla osta idraulico da parte dell'Ente competente ... gli interventi che non sia in gradi di influire né direttamente né indirettamente sul regime del corso d'acqua”*.

3. Come sopra perimetrata le preclusioni relativamente all'attività edilizia riguardante le aree insistenti nella fascia di rispetto dei corsi d'acqua in territorio del Comune di Nuvolento, si rammenta come la problematica indotta dalla normativa primaria sopra riportata sia già stata affrontata dalla Sezione (cfr. sentenza 2 ottobre 2013 n. 814); con tale pronuncia, dandosi atto del carattere *ex se* dirimente assunto dalla circostanza rappresentata dalla mancata osservanza della distanza minima da un corso d'acqua, stabilita dall'art. 96 del citato R.D. 523/1904 per ragioni di sicurezza idraulica.

Nell'escludere la concluzione dei rilievi di parte ricorrente in ordine alla preclusa caratterizzazione del manufatto nella circostanza realizzato, in senso ostativo al corretto deflusso delle acque ed alle opere di manutenzione, va ulteriormente soggiunto come questa Sezione, già con precedente sentenza 1° agosto 2011 n. 1231, abbia condiviso l'indirizzo assolutamente costante della giurisprudenza, per il quale *“in linea generale il divieto di costruzione di opere dagli argini dei corsi d'acqua, previsto dall'art. 96, lett. f), t.u. 25.07.1904 n. 523, ha carattere legale, assoluto e inderogabile, ed è diretto al fine di assicurare non solo la possibilità di sfruttamento delle acque demaniali, ma anche (e soprattutto) il libero deflusso delle acque scorrenti nei fiumi, torrenti, canali e scolatoi pubblici (cfr. Cassazione civile, sez. un., 30.07.2009, n. 17784, citata dalla Regione nella propria memoria conclusiva); cioè, esso è teso a garantire le normali operazioni di ripulitura/manutenzione e a impedire le esondazioni delle acque”*.

La *ratio* di tale norma risponde all'evidente finalità di scongiurare l'occupazione edificatoria degli spazi prossimi al reticolo idrico, sia a tutela del regolare scorrimento delle acque, sia in funzione preventiva rispetto ai rischi per le persone e le cose che potrebbero derivare da esondazioni.

La natura degli interessi pubblici tutelati comporta, pertanto, che il vincolo operi con un effetto conformativo particolarmente ampio determinando l'inedificabilità assoluta della fascia di rispetto (cfr. T.A.R. Toscana, sez. III, 8 marzo 2012 n. 439).

Nel dare atto dell'esistenza di omogenei riferimenti giurisprudenziali (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2011 n. 3781; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 16 marzo 2016 n. 104), deve escludersi che alcuna opera realizzata in violazione della norma *de qua* possa essere sanata; dovendosi ribadire altresì – come affermato nella già citata sentenza di questo T.A.R. n. 1231/2011 – *“che è legittimo il*

diniego di rilascio di concessione edilizia in sanatoria relativamente ad un fabbricato realizzato all'interno della c.d. fascia di servitù idraulica, atteso che, nell'ipotesi di costruzione abusiva realizzata in contrasto con tale divieto, trova applicazione l'art. 33 l. 28.02.1985 n. 47 sul condono edilizio, il quale contempla i vincoli di inedificabilità, includendo in tale ambito i casi in cui le norme vietino in modo assoluto di edificare in determinate aree”.

4. L'accertata operatività del vincolo di inedificabilità assoluta, nel caso di specie, è idonea di per sé a fondare il provvedimento impugnato; e determina, pertanto, l'infondatezza delle argomentazioni difensive esposte dalla parte ricorrente.

Rivela, poi, carattere dirimente, unitamente alla corretta applicazione dall'Amministrazione operata della normativa vincolistica di che trattasi, anche il (ancorché sopravvenuto, rispetto all'adozione dei provvedimenti impugnati) diniego di nulla osta espresso, a fini di tutela idraulica, dalla Regione Lombardia con atto del 1° agosto 2017: atto dalla parte ricorrente (ancorché depositato in giudizio, a cura della resistente Amministrazione comunale, alla data del 2 agosto 2017) non impugnato.

Se l'inoppugnabilità di tale determinazione di diniego, nella sua portata assolutamente preclusiva ai fini della praticabilità di interventi edilizi nella fascia di rispetto del corso d'acqua Rudone, priva parte ricorrente di persistente interesse ai fini della contestazione di legittimità del diniego di condono (atto che, proprio in relazione al diniego regionale di che trattasi, assume, per gli interventi posti in essere in fascia di rispetto, connotazione assolutamente vincolata), la sopravvenienza della suindicata determinazione regionale esclude persistente rilevanza alla censura con la quale parte ricorrente ha dedotto l'illegittimità del provvedimento comunale in difetto del previo pronunciamento regionale in ordine alla richiesta deroga; e ciò in quanto:

- in ogni caso, l'atto da ultimo indicato, per quanto successivo al diniego di condono, comunque ne conferma appieno la legittimità;

- la stessa parte ricorrente, ancorché onerata del deposito dell'atto regionale di che trattasi, non ha a ciò ottemperato nel termine di giorni sessanta indicato dalla precedente Autorità comunale.

5. Viene, da ultimo, in considerazione la censura con la quale parte ricorrente, accreditando il consolidamento di una posizione di affidamento, ha stigmatizzato l'esercizio del potere repressivo a distanza di un rilevante arco temporale dalla realizzazione del manufatto abusivo e dalla successiva presentazione di istanza di condono.

Come è noto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 17 ottobre 2017 n. 9, ha affermato il principio di diritto per cui *“il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino”.*

La successiva giurisprudenza (da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 giugno 2018 n. 3527) ha escluso che la mera inerzia da parte dell'Amministrazione nell'esercizio di un potere-dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico sia idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione *sine titulo*) è sin dall'origine illegittimo.

Né tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere 'legittimo' in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata: non potendo trovare applicazione ad un fatto illecito (l'abuso edilizio) il complesso di acquisizioni che, in tema di valutazione dell'interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell'autotutela decisoria.

Se (come affermato nella pronuncia da ultimo indicata) *“non è in alcun modo concepibile l'idea stessa di connettere al decorso del tempo e all'inerzia dell'amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare l'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l'edificazione avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa a una*

siffatta – e inammissibile – forma di sanatoria automatica”, allora deve convenirsi che “il decorso del tempo non può incidere sull’inevitabile doverosità degli atti volti a perseguire l’illecito attraverso l’adozione della relativa sanzione: conseguentemente dovendo escludersi che “l’ordinanza di demolizione di un immobile abusivo debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata. In tal caso, è del tutto congruo che l’ordine di demolizione sia adeguatamente motivato mercé il richiamo al comprovato carattere abusivo dell’intervento, senza che si impongano sul punto ulteriori oneri motivazionali, applicabili nel diverso ambito dell’autotutela decisoria”.

Nel dare, quindi, atto che il decorso del tempo, lungi dal radicare in qualche misura la posizione giuridica dell’interessato, rafforza piuttosto il carattere abusivo dell’intervento, le considerazioni come sopra rassegnate trovano ulteriore conferma nella immanenza – come si è visto, non derogabile – del vincolo idraulico del quale si è precedentemente trattato, con riveniente tutelabilità di un interesse pubblico non già di carattere meramente urbanistico-edilizio, ma altresì posto a tutela della pubblica incolumità.

6. Il ricorso deve, dunque, essere respinto.

Ravvisa conclusivamente il Collegio, avuto riguardo al peculiare carattere rivelato dalla sottoposta vicenda contenziosa, giusti motivi per compensare fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2018 con l’intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente, Estensore

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Roberto Politi

IL SEGRETARIO