

Pubblicato il 20/12/2018

Sent. n. 2825/2018

REPUBBLICA ITALIANA

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 608 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da: [omissis], in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giancarlo Tanzarella, Carlo Maria Tanzarella, Rosanna Macis, con domicilio eletto presso lo studio Giancarlo Tanzarella in Milano, piazza Velasca 5;

contro

Comune di Cusago, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Claudio Linzola, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Hoepli n. 3;

per l'annullamento

A) Quanto al ricorso introduttivo:

- del provvedimento 18 gennaio 2017, n. prot. 317, a firma del Responsabile del Servizio Tecnico – Edilizia privata del Comune di Cusago, recante dichiarazione di irricevibilità, improcedibilità e nullità della dichiarazione di inizio attività presentata da [omissis] in data 22 dicembre 2016 (assunta al numero di protocollo municipale 15/2016) e conseguente ordine inibitorio dell'avvio dei lavori;

- del provvedimento 18 gennaio 2017, n. prot. 318, a firma del Responsabile del Servizio Tecnico – Edilizia privata del Comune di Cusago, recante dichiarazione di irricevibilità, improcedibilità e nullità della dichiarazione di inizio attività presentata da [omissis] in data 22 dicembre 2016 (assunta al numero di protocollo municipale 16/2016) e conseguente ordine inibitorio dell'avvio dei lavori;

B) Quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- del provvedimento 21 luglio 2017, n. prot. 4195/2017, a firma del Responsabile dell'Ufficio Tecnico del Comune di Cusago, recante diffida “*dal procedere all'esecuzione dei lavori afferenti alla DIA n. 16/2016 presentata in data 22/12/2016 prot. n.6516*”, come da comunicazione di inizio lavori in data 19 luglio 2017, assunta al numero di protocollo municipale 4151/2017.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cusago;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2018 il dott. Lorenzo Cordi' e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. [omissis] impugna: a) il provvedimento 18 gennaio 2017, n. prot. 317, a firma del Responsabile del Servizio Tecnico – Edilizia privata del Comune di Cusago, recante dichiarazione di irricevibilità,

improcedibilità e nullità della dichiarazione di inizio attività presentata da [omissis] in data 22 dicembre 2016 e conseguente ordine inibitorio dell'avvio dei lavori; b) il provvedimento 18 gennaio 2017, n. prot. 318, a firma del Responsabile del Servizio Tecnico – Edilizia privata del Comune di Cusago, recante dichiarazione di irricevibilità, improcedibilità e nullità della dichiarazione di inizio attività presentata da [omissis] in data 22 dicembre 2016 e conseguente ordine inibitorio dell'avvio dei lavori.

1.1. In punto di fatto la società (proprietaria delle aree ricomprese nel perimetro dell'ambito territoriale estrattivo g33, sotto ambito C2, del vigente Piano delle Cave della Provincia di Milano, site in territorio del Comune di Cusago) espone che:

- con determina dirigenziale 7 maggio 2015 n. 4053 è approvato il progetto di gestione produttiva dell'ambito estrattivo (articolo 11 L.R. 14/1998), sul presupposto dell'intervenuta acquisizione di pronuncia favorevole di compatibilità ambientale;
- con D.D. 16 novembre 2016 n. 265873 è rilasciata l'autorizzazione paesaggistica ed è in corso di istruttoria il procedimento volto all'ottenimento della autorizzazione alla escavazione, ai sensi dell'art. 12 della L.R. 14/1998;
- nelle more dell'adozione del provvedimento di cui al precedente punto, sono presentate due dichiarazioni di inizio attività presentate agli Uffici comunali il 22 dicembre 2016, con cui si manifesta l'intendimento di avviare la *“realizzazione di tratto di strada interno all'area di cava”* (D.I.A. 15/2016) e la *“realizzazione di recinzione, attraversamento fontanili, box prefabbricato, dossi di mitigazione, spostamento secondo ramo Fontanile nuovo dell'area di cava”* (D.I.A. 16/2016);
- nella relazione tecnica allegata alle dichiarazioni è descritta la consistenza e tipologia dei lavori, dichiaratamente volti al fine di recepire *“le prescrizioni relative sia al quadro progettuale che al quadro ambientale espresse nel Decreto Dirigenziale di approvazione del progetto di gestione produttiva”* (relazione tecnica, pag. 2, secondo cpv.) che impone la *“realizzazione di opere preliminari o necessarie all'inizio dei lavori di escavazione veri e propri”* (e, in particolare, per quanto concerne la D.I.A. 16/2016, una nuova recinzione, un nuovo ponte per l'attraversamento del Fontanile Nuovo, un nuovo ponte per l'attraversamento del I ramo del Fontanile Nuovo, il posizionamento di un box prefabbricato, il dosso di mascheramento sud, lo spostamento del II ramo del Fontanile nuovo);
- la DIA n. 15 ha, invece, ad oggetto la costruzione del tratto viabilistico interno all'ATE, che *“si collegherà alla esistente viabilità di accesso alla cava di Cusago [ed] avrà una lunghezza di circa 500 m e sostanzialmente sarà il prolungamento della strada esistente. La strada si svilupperà in direzione ovest ricalcando per 500 m un tratturo esistente avente già larghezza ottimale ma sul quale dovrà essere completamente creato il sottofondo, la massiciata e il tappetino d'usura asfaltato”*;
- con i provvedimenti impugnati il Comune di Cusago ritiene non assentibili le opere e conseguentemente impartisce l'ordine di non effettuazione dei lavori in ragione del mancato ottenimento della prescritta autorizzazione rilasciata dalla Città Metropolitana di Milano ai sensi dell'art. 12 L.R. 14/98 e s.m.i. e della relativa Convenzione di escavazione ai sensi dell'art. 15 LR 14/98 e s.m.i.;
- con tali provvedimenti il Comune contesta, inoltre, la mancanza di adeguata documentazione attestante la proprietà delle aree di intervento e di copia dell'autorizzazione paesistica;

2. Parte ricorrente articola due motivi di ricorso.

2.1. Con il primo motivo (rubricato: *“Violazione e falsa applicazione di legge (art. 9 bis dpr 380/2001); eccesso di potere per travisamento dei fatti e illogicità della motivazione”*), la ricorrente deduce la violazione della previsione di cui all'articolo 9-bis del D.P.R. 380/2001, a mente del quale *“ai fini della presentazione, del rilascio o della formazione dei titoli abilitativi previsti dal presente testo unico, le amministrazioni sono tenute ad acquisire d'ufficio i documenti, le informazioni e i dati, compresi quelli catastali, che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni”*. Osserva la ricorrente come la disposizione debba ritenersi espressione dei principi di lealtà e buon andamento dell'Amministrazione e che, nel caso di specie, si tratta di documentazione già in possesso del Comune che partecipa al procedimento terminato con l'autorizzazione D.D. 16 novembre 2016 n.

265873, impugnata dallo stesso Comune dinanzi a questo Tribunale. Osserva, inoltre, che la notifica del ricorso alla società farebbe venir meno ogni dubbio in ordine alla titolarità delle aree.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso (rubricato: *“Violazione e falsa applicazione di legge (art. 23 dpr 380/2001 in combinato disposto con gli artt. 10, 12, 35 l.r. 14/1998); eccesso di potere per travisamento dei fatti e illogicità della motivazione”*), la società evidenzia come *“nemmeno la contingente carenza del titolo autorizzatorio dell’esercizio dell’attività mineraria è elemento validamente fondante il giudizio di non assentibilità degli interventi programmati”* atteso che la prescrizione di cui all’articolo 35 della legge mineraria lombarda riguarda le sole pertinenze della cava con il fine di evitare che si innestino edifici complementari all’attività mineraria o ad essa collaterali, in difetto dell’attività principale. La previsione non opererebbe, pertanto, nel caso di specie, in ragione della tipologia di interventi oggetto delle due dichiarazioni di inizio attività che non hanno riguardo a lavorazioni di inerti né ad interventi connessi ad alcuna delle attività complementari contemplate dall’art. 35, trattandosi, al contrario, di interventi funzionali alla ordinaria gestione e manutenzione delle aree di cava e alla loro fruizione in condizioni di sicurezza, in conformità alle relative prescrizioni urbanistiche generali (Piano delle cave) e particolari (progetto d’ambito).

2.3. Entrando nel dettaglio, la ricorrente osserva che: a) la *“recinzione”* oggetto della D.I.A. n. 16/2016 è imposta dallo stesso regolamento edilizio locale ed è intervento ammissibile anche assumendo quale destinazione quella agricola; b) i ponti di attraversamento dei fontanili sono interventi funzionali alla fruizione delle aree in condizioni di sicurezza; c) il *“box prefabbricato”*, da ubicarsi *“in corrispondenza dei due ponti per l’attraversamento dei fossi in progetto”*, è previsto *“senza permanenza di persone”* ed è finalizzato alla *“protezione dei macchinari funzionali alla pesa”*; d) *“i dossi di mitigazione”* sono necessari per permettere di *“occultare la visione dell’area di escavazione e l’area di stoccaggio al quartiere residenziale di Cusago e consentiranno un significativo abbattimento del rumore durante le operazioni di attività dei mezzi di lavoro”*; e) la costruzione della strada interna all’ambito estrattivo rappresenta il necessario presupposto per l’avvio dell’attività, conformemente alle prescrizioni di cui al progetto d’ambito e alla pronuncia di compatibilità ambientale.

3. In data 24 aprile 2017 la società presenta autonoma istanza per la concessione di idonee misure cautelari, ritenute necessarie in ragione del pregiudizio derivante dall’impossibilità di realizzazione delle opere.

4. In data 12 maggio 2017 si costituisce in giudizio il Comune resistente che, in data 22 maggio 2017, deposita memoria difensiva con la quale deduce di non condividere l’assunto del primo motivo di ricorso nella parte relativa alla mancata presentazione del titolo di proprietà trattandosi del *“titolo di legittimazione ex art. 11 del TU Edilizia che deve essere fornito volta per volta dal momento che la proprietà dei beni immobili può essere trasferita in ogni momento mediante negozi di diritto privato”*. In relazione al secondo motivo di ricorso il Comune deduce che le dichiarazioni di inizio attività risultano funzionali all’esercizio dell’attività di cava per la quale non è ancora rilasciata l’autorizzazione dalla Città Metropolitana di Milano. Autorizzazione che, secondo il Comune, non può rilasciarsi in poco tempo in ragione della mancata realizzazione da parte della società della viabilità esterna oggetto all’A.T.E. prevista dal progetto di gestione quale condizione per il rilascio dell’autorizzazione ex articolo 12 l. reg. Lombardia n°14 del 1998, rinviando alle sentenze nn. 2258/2016 e 62/2017 di questo Tribunale che decretano la natura privata di tali opere con oneri a carico della società. Con specifico riferimento alla D.I.A. n. 15/2016 il Comune osserva come la relazione illustrativa spieghi che la dichiarazione è finalizzata alla realizzazione di un tratto di viabilità di cava interno all’ATEg33-C2 che costituirà l’ultimo tronco della nuova viabilità a servizio della cava esterna all’ATE prevista dal DD 7.05.2015 della Città Metropolitana e, per tale motivo, viene ritenuto *“inscindibilmente legato alla coltivazione effettiva del giacimento e quello di cui alla DIA n°15 e connesso alla realizzazione della viabilità che dovrebbe connettere l’ATEg33-C2 alla SP 114”*.

5. Con ordinanza n. 664/2017 questo Tribunale osserva quanto segue:

- *“Ritenuto che sussiste l’allegato pregiudizio grave e irreparabile e che appare opportuno che il Comune rivaluti le richieste formulate dalla società ricorrente, anche alla luce del nuovo affidamento in suo favore (cfr. documento depositato in camera di consiglio dal legale della ricorrente) e della normativa che consente lo svolgimento dell’attività di cava anche in pendenza del rinnovo dell’autorizzazione, con conseguente assentibilità di alcune tipologie di interventi edilizi non strettamente connessi all’attività di cava (cfr. art. 35 della legge regionale n. 14 del 2008, come interpretato dalla sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 24 luglio 2012, n. 2055)”*;

- *“Ritenuto, pertanto, che il Comune ha l’obbligo di riesaminare i provvedimenti impugnati, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per rilasciare i titoli abilitativi richiesti dalla ricorrente, provvedendo a comunicare a questo Tribunale le proprie determinazioni entro il 10 settembre 2017”*.

5.1. Il Tribunale accoglie, quindi, *“la domanda di sospensione dell’esecuzione dei provvedimenti impugnati con il ricorso in epigrafe indicato, nei termini di cui in motivazione e con l’obbligo di riesame dei provvedimenti medesimi”* e fissa la camera di consiglio del 26 settembre 2017 per la prosecuzione della trattazione della domanda cautelare.

6. In data 17 luglio 2017 la società deposita ricorso per motivi aggiunti avverso il provvedimento 21 luglio 2017, n. prot. 4195/2017, a firma del Responsabile dell’Ufficio Tecnico del Comune di Cusago, recante diffida dal procedere all’esecuzione dei lavori afferenti alla DIA n. 16/2016 presentata in data 22/12/2016 prot. n.6516, come da comunicazione di inizio lavori in data 19 luglio 2017, assunta al numero di protocollo municipale 4151/2017.

6.1. La società affida il ricorso ad un univo motivo (rubricato: *“Nullità del provvedimento impugnato per violazione dell’ordine di giustizia (art. 21- septies 241/90); in via subordinata: violazione e falsa applicazione di norme di legge (art. art. 23 dpr 380/2001 in combinato disposto con gli artt. 10, 12, 35 l.r. 14/1998); eccesso di potere per travisamento, illogicità, difetto assoluto del presupposto e falsità della motivazione”*), con il quale deduce la nullità e, comunque, l’illegittimità del provvedimento comunale che inibisce l’inizio dei lavori, ritenuto in contrasto con la precedente ordinanza cautelare illustrata al punto 5 della presente parte di questa sentenza.

6.2. Con decreto n. 976 del 2017 il Presidente di sezione respinge l’istanza cautelare monocratica osservando quanto segue:

- *“Considerato che l’atto impugnato con i motivi aggiunti depositati in data 27/07/2017 ha mero carattere monitorio e che quindi il Comune non risulta aver ancora adottato una riconsiderazione provvedimentale concreta della vicenda in discorso, avendo ancora ed allo stato termini per appunto in tal senso rideterminarsi (10 settembre 2017): ciò in esecuzione dell’ordinanza 664 del 30 maggio 2017, la cui caratteristica di sospensione si qualifica come funzionale esclusivamente ad un riesame della vicenda da parte del Comune”*;

- *“Rilevato che con quest’ultima non viene dato il via a nessuna esecuzione dei lavori previsti nella DIA e che pertanto le condizioni di fatto restano immutate e che, salvo eventuali ipotesi risarcitorie più o meno praticabili, la decisione della parte di iniziare materialmente i lavori resta oggettivamente a rischio e pericolo della parte stessa, nella considerazione finale che non viene paventato alcun rischio incombente per la sicurezza e incolumità pubblica”*.

6.3. Prima della celebrazione dell’udienza camerale del 26 settembre 2017 (fissata per la prosecuzione del giudizio cautelare), il Comune deposita una nota con la quale comunica le proprie determinazioni successive al *remand* disposto dall’ordinanza n. 664/2017.

6.4. Le parti depositano memorie difensive illustrando le relative argomentazioni; il Comune resistente eccepisce, in particolare, l’improcedibilità del ricorso per omessa impugnazione della nota comunale di cui al precedente punto.

6.5. Con ordinanza n. 1286/2017 il Tribunale rinvia la trattazione della causa al merito *ex* articolo 55, comma 10, c.p.a. osservando quanto segue:

- *“Considerato, in via preliminare, di non poter accogliere la richiesta formulata dai difensori delle parti e finalizzata all’adozione di una sentenza in forma semplificata, in quanto la controversia presenta aspetti di rilevante complessità nel merito e, da un punto di vista processuale, non sembra possibile qualificare l’atto comunale del 7 settembre 2017 – adottato in dichiarata esecuzione*

dell'ordinanza cautelare n. 664/2017 – come una rinnovata e, soprattutto, autonoma determinazione, in grado di superare l'assetto di interessi posto in essere attraverso i precedenti provvedimenti, da cui dovrebbe scaturire la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dei ricorsi oggetto di scrutinio nella presente sede”;

- “Ritenuto, anche alla luce delle suesposte considerazioni e della persistente volontà espressa dagli Uffici comunali, ribadita altresì in sede di riesame, che la valutazione delle complesse questioni giuridiche e fattuali sottese alla vicenda oggetto di causa richieda una delibazione più approfondita di quella necessariamente sommaria, propria della fase cautelare, dovendo quindi essere rinviata alla fase del merito”;

- “Ritenuto, pertanto che, ai sensi dell'art. 55, comma 10, cod. proc. amm., sussistono i presupposti per la definizione del giudizio nel merito ai fini di un'adeguata tutela”;

7. In vista dell'udienza pubblica del 4 dicembre 2018 le parti depositano memorie difensive e memorie di replica. All'udienza del 4 dicembre 2018 la causa è trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente occorre esaminare l'eccezione di sopravvenuta improcedibilità del ricorso sollevata dal Comune e motivata sulla mancata impugnazione della nota comunale depositata in giudizio all'esito del *remand* disposto con ordinanza n. 664/2017.

1.1. L'eccezione è infondata per le ragioni già esposte dall'ordinanza n. 1286/2017 di questo Tribunale che evidenzia come non sia possibile qualificare l'atto comunale del 7 settembre 2017 (adottato in dichiarata esecuzione dell'ordinanza cautelare n. 664/2017) “come una rinnovata e, soprattutto, autonoma determinazione, in grado di superare l'assetto di interessi posto in essere attraverso i precedenti provvedimenti, da cui dovrebbe scaturire la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dei ricorsi oggetto di scrutinio nella presente sede”. Si tratta infatti, di un riesame della pratica che non dà luogo, tuttavia, ad un nuovo provvedimento suscettibile di autonoma impugnazione, con conseguente infondatezza dell'eccezione articolata dal Comune.

2. Entrando nel merito si osserva che, con il primo motivo di ricorso, la ricorrente censura i provvedimenti impugnati nella parte in cui inibiscono l'intervento per mancata allegazione: *a)* di adeguato titolo di proprietà; *b)* di copia dell'autorizzazione paesaggistica.

2.1. Il Comune resistente, nella memoria del 22 luglio 2017 deduce di non condividere l'assunto del primo motivo di ricorso nella sola parte relativa alla mancata presentazione del titolo di proprietà trattandosi del “*titolo di legittimazione ex art. 11 del TU Edilizia che deve essere fornito volta per volta dal momento che la proprietà dei beni immobili può essere trasferita in ogni momento mediante negozi di diritto privato*”. In sede processuale, il Comune non contesta le argomentazioni di parte ricorrente in relazione alla non necessità di allegazione di copia dell'autorizzazione paesaggistica, pur non provvedendo ad alcuna modificazione, sul piano sostanziale, dei provvedimenti impugnati. Ne deriva la necessità di procedere all'esame del motivo anche in tale parte disponendo l'annullamento del provvedimento in ragione della fondatezza della censura. Infatti, nel caso di specie, la richiesta di documentazione formulata dall'Amministrazione appare un inutile aggravio della posizione del privato tenuto conto che il Comune già dispone della documentazione necessaria per verificare la legittimazione della società ricorrente. Del resto, a scongiurare simili ipotesi mira il disposto di cui all'articolo 9-bis del D.P.R. 380/2001 che, come correttamente evidenziato da parte ricorrente, mira ad evitare inutili richieste documentali da parte dell'Amministrazione. Nel caso in esame la richiesta di allegazione è, come detto, del tutto superflua considerato che il Comune partecipa al procedimento che confluisce nell'autorizzazione D.D. 16 novembre 2016 n. 265873, impugnata, persino dallo stesso Comune dinanzi a questo Tribunale. Di conseguenza il provvedimento appare in *parte qua* illegittimo e, come tale, meritevole di annullamento.

2.3. Le considerazioni esposte al precedente punto valgono anche in relazione alla richiesta di fornire adeguata documentazione attestante la legittimazione all'intervento.

2.4. Sul punto, deve preliminarmente osservarsi come *“il riferimento, contenuto nell'art. 11 del d.p.r. n° 380 del 2001, al permesso di costruire si estende logicamente anche agli interventi realizzabili previa dia o scia perché: - la diversità di regime giuridico rispetto al permesso di costruire dipende dalla tipologia di intervento e non dalla legittimazione ad effettuarlo; - la circostanza che il titolo edilizio si formi con dia o scia senza l'espressione di un atto di assenso dell'amministrazione si spiega solo se sussiste piena legittimazione in ordine alla proprietà o ai diritti reali che devono previamente sussistere in relazione agli interventi da effettuare”* (T.A.R per l'Emilia Romagna – sede di Bologna, 18 maggio 2017, n. 387).

2.5. Se, pertanto, anche in relazione agli interventi realizzabili con D.I.A. o S.C.I.A. risulta, comunque, necessario verificare la legittimazione all'intervento da parte del privato, tale accertamento non può, comunque, tradursi in una richiesta di integrazione documentale che non affondi le proprie radici su un effettivo dubbio sostanziale sulla titolarità del privato all'esecuzione dell'intervento. Nel caso di specie deve considerarsi che: *a) il Comune risulta in possesso della documentazione relativa al progetto di gestione produttiva approvato con Decreto Dirigenziale n. 405 del 2015 e partecipa al relativo procedimento, b) il Comune partecipa al procedimento culminato nell'autorizzazione paesaggistica D.D. 265873/2016. Nel caso di specie, pertanto, i dubbi sulla legittimazione di parte ricorrente non paiono ragionevoli essendo il Comune coinvolto nei complessi procedimenti antecedenti alle dichiarazioni di inizio attività e, pertanto, in grado di conoscere con esattezza il titolo abilitante l'istanza. Del resto, sia il provvedimento impugnato che le deduzioni difensive fanno generico riferimento alla necessità di indicare il titolo di legittimazione senza avanzare specifiche e puntuali contestazioni. Richieste che, invero, appaiono non plausibili proprio in ragione del ruolo svolto dal Comune. Pertanto, i provvedimenti impugnati devono ritenersi illegittimi anche in parte qua.*

3. Passando al secondo motivo di ricorso, il Collegio osserva quanto segue.

3.1. Preliminarmente va evidenziato come siano inammissibili e, comunque, irrilevanti, le deduzioni contenute nella memoria conclusiva dell'Amministrazione comunale secondo cui, dalla documentazione prodotta in data 24 ottobre 2018, emerge che (anche) le aree di proprietà della ricorrente sono caratterizzate da pregio ambientale e paesaggistico. Deduce, inoltre, il Comune che, con deliberazione n.55 del 2017, l'ente Parco Regionale Agricolo Sud Milano avvia il procedimento di istituzione del parco naturale all'interno del più ampio territorio del Parco Regionale Agricolo Sud Milano e che tale avvio testimonia *“il particolare valore ambientale delle aree in questione e che le attività estrattive o di altro genere, quali quelle proposte dalla ricorrente, non sono compatibili con il contesto già attualmente tutelato”*. Il Collegio osserva, infatti, che si tratta di aspetti non inseriti all'interno delle motivazioni dei provvedimenti impugnati e che, in ogni caso, si tratta di proposte di modifica del Piano cave che, allo stato, non si traducono in atti formali. Come tali, le stesse non possono costituire neppure ipotesi di applicazione vincolata di prescrizioni normative che, secondo la giurisprudenza di questo Tribunale, sfugge al divieto di integrazione giudiziale della motivazione (cfr., T.A.R. per la Lombardia, sede di Milano, sez. II, 20 luglio 2018, n. 1786).

3.2. Operata la precisazione di cui al precedente punto, si osserva come la previsione di cui all'articolo 35 della L.R. 14/1998 preveda testualmente al primo comma: *“1. L'autorizzazione o la concessione all'esercizio dell'attività estrattiva di cava costituisce presupposto e titolo per il rilascio del provvedimento di cui all'art. 1 della L. 28 gennaio 1977, n. 10 «Norme per la edificabilità dei suoli» e successive modificazioni ed integrazioni, relativamente alle pertinenze della cava quali impianti di lavorazione, selezione, trasformazione e valorizzazione dei materiali coltivati, strutture e manufatti per uffici e servizi per il ricovero degli automezzi e quanto altro di supporto alle attività della impresa”*. Come evidenziato dalla Sezione, *“stabilendo che la titolarità di un'autorizzazione all'attività estrattiva integri il “presupposto e titolo per il rilascio” di un provvedimento di assenso edilizio, il legislatore regionale ha inteso non soltanto fissare una condizione legittimante, ma anche valorizzare la complessità delle valutazioni spettanti all'Amministrazione in ordine all'insediamento o (come in questo caso) alla permanenza di siffatti impianti produttivi (non è inopportuno richiamare l'orientamento secondo cui l'attività estrattiva costituisce “analogamente alle miniere una risorsa*

strategica per l'economia nazionale", cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 4 ottobre 2005, n. 5294)" (T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, sez. II, 28 aprile 2016, n. 937).

3.3. Secondo parte ricorrente la finalità perseguita è *"evidentemente quella di evitare che si insedino sul territorio (e vi incidano significativamente) attività imprenditoriali complementari all'attività mineraria o ad essa collaterali, in difetto dell'attività principale"*. Inoltre, *"il rigore di cui è espressione la previsione legislativa (che subordina l'assentibilità degli interventi edilizi ad una condizione ulteriore e più rigorosa di quella ordinaria) e il suo carattere eccezionale ne rendono doverosa una lettura restrittiva: l'ambito di operatività della preclusione non può cioè estendersi indiscriminatamente a tutti gli interventi edilizi, qualunque ne sia la natura e il grado di incisione sul territorio"*. La ricorrente richiama, al riguardo, la sentenza n. 2055/2012 di questo Tribunale che *"ha ammesso e assunto a propria, sia pure con riguardo ad una fattispecie diversa, la interpretazione teleologicamente orientata dell'art. 35"*. La medesima sentenza è, del resto, richiamata nell'ordinanza cautelare resa in corso di causa che impone all'Amministrazione di rivalutare la propria posizione alla luce *"della normativa che consente lo svolgimento dell'attività di cava anche in pendenza del rinnovo dell'autorizzazione, con conseguente assentibilità di alcune tipologie di interventi edilizi non strettamente connessi all'attività di cava"*.

3.4. Il fulcro centrale della controversia risiede, pertanto, nella corretta definizione del concetto di pertinenza della cava. Sul punto, il Collegio ritiene di condividere l'interpretazione offerta da parte ricorrente secondo cui la previsione deve riferirsi alle attività strettamente connesse all'esercizio dell'attività mineraria. Lo confermano le esemplificazioni individuate dal legislatore che, come tali, costituiscono esplicitazioni di una fattispecie aperta e non casi tassativi di applicazione della normativa. Infatti, il legislatore impone il preventivo rilascio del titolo autorizzatorio all'attività mineraria (estrazione e sfruttamento del giacimento) in caso di impianti per lo svolgimento di attività fisiologicamente complementari quali quelle che interessano i materiali coltivati (*"lavorazione, selezione, trasformazione e valorizzazione"*), le attività *"di supporto"* che impongono la realizzazione di *"strutture e manufatti per uffici"* e, inoltre, *"servizi per il ricovero degli automezzi e quanto altro di supporto alle attività della impresa"*. Non richiedono, al contrario, il previo rilascio del titolo autorizzatorio relativo all'attività principale quegli interventi edilizi non di stretto supporto all'attività dell'impresa.

3.5. Il principio generale esposto al precedente punto deve, quindi, declinarsi in relazione ai vari interventi oggetto delle due dichiarazioni di inizio attività in esame, precisandosi che può procedersi a tale analitica verifica in considerazione del carattere scindibile dei vari interventi. Infatti, la possibilità di annullamento parziale di un provvedimento amministrativo è ammessa, in termini generali, da parte della giurisprudenza che evidenzia come nessuna norma escluda tale possibilità, né tale esclusione risulti ricavabile dal sistema, dal quale è, al contrario, ricavabile un più generale principio di "conservazione" degli atti medesimi (cfr., in materia tributaria, Corte di Cassazione, sez. V, 8 aprile 2016, n. 6851). Nella specifica materia dei titoli edilizi parte della giurisprudenza osserva: *"i titoli edilizi, per il loro contenuto plurimo, ben possono essere affetti da illegittimità parziale e perciò essere oggetto di annullamento parziale. Così come il D.P.R. 6.6.2001 n. 380 recante il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, prevede, per gli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, la loro demolizione "per la parte non conforme al titolo edilizio (art. 34 TUED; art. 122, comma 6, L.P. Trento 591991 n. 22, all'epoca dei fatti ancora vigente), parallelamente ed analogamente l'articolo 38, per gli interventi eseguiti in base a permesso annullato, prevede l'applicazione delle sanzioni pecuniarie per l'intera opera o per le sue "parti abusivamente eseguite", con ciò presupponendo un annullamento parziale del titolo edilizio"* (T.R.G.A. Trentino-Alto Adige Trento, sezione unica, 21 aprile 2011, n. 128). Va, tuttavia, considerato come, secondo altra parte della giurisprudenza, *"l'annullamento parziale del titolo edilizio, e quindi la sua correlata parziale sopravvivenza, è ammissibile solo quando l'opera autorizzata sia scindibile, così da poter essere oggetto di distinti progetti e realizzazioni, ma non nel caso che riguardi una realizzazione unitaria, rispetto alla quale l'annullamento non può che essere del titolo nella sua interezza"* (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 29 novembre 2017, n. 5598). La

medesima sentenza richiama altra pronuncia del Giudice d'appello che, con specifico riferimento all'autotutela, osserva che *“l'Amministrazione non ha la possibilità di disporre l'annullamento parziale di un permesso di costruire volto alla realizzazione di un complesso immobiliare comprendente più corpi di fabbrica diversi e funzionalmente collegati, non avendo alcun potere di rielaborare il progetto, trattandosi di valutazioni e di scelte rimesse in via esclusiva all'autonomia privata”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 31 luglio 2007, n. 4256; Id., sez. IV, 5 febbraio 1998, n. 198). Le decisioni in ultimo richiamate fondano, pertanto, l'impossibilità di annullamento parziale sulla necessità di evitare indebite sovrapposizioni tra le richieste del privato e il potere amministrativo di rilascio del titolo che non può alterare il progetto rimesso alla scelta del privato richiedente. Nel caso di specie, tuttavia, tale sovrapposizione non risulta sussistente considerato che gli interventi hanno una loro autonomia e, pertanto, trattandosi di opere scindibili, può effettuarsi un esame singolare e, in ipotesi, procedere all'annullamento parziale del provvedimento inibitorio dei lavori.

3.5.1. Operate tale precisazioni, e prendendosi le mosse dalla recinzione di cui alla D.I.A. 16/2016, si osserva come tale intervento non possa ritenersi complementare all'attività estrattiva principale. Al contrario, la realizzazione di una recinzione appare strumentale alla mera attuazione dello *ius excludendi alios* di parte dell'area di proprietà della ricorrente e prescinde, pertanto, dall'attività estrattiva o, comunque, non può considerarsi intervento strumentale ad un'attività complementare o di supporto. Né rileva la circostanza dedotta dal Comune secondo cui la recinzione interessa l'intera area di cava atteso che il criterio discrezionale imposto dalla normativa regionale in esame è di carattere oggettivo e funzionale e non fondato su ragioni logistiche. Del resto, ove il legislatore avesse inteso inibire ogni intervento edilizio in difetto di autorizzazione avrebbe semplicemente imposto il divieto all'intera area di cava senza imporre una distinzione basata, come detto, sull'attività svolta.

3.5.2. Un diverso discorso vale per la realizzazione dei ponti di attraversamento del Fontanile nuovo. Infatti, pur volendo concordare con la parte ricorrente in ordine alla circostanza che tali interventi siano da intendersi come funzionali alla fruizione delle aree in condizione di sicurezza, risulta, comunque, evidente come la stessa sia realizzata per il tramite di un'opera che risulta, in ogni caso, strumentale all'attività principale di estrazione e sfruttamento del giacimento. I ponti servono, infatti, a consentire l'attraversamento dei mezzi d'opera e, come tali, sono opere relative ad attività complementare come il trasporto dei materiali. Pertanto, in tale ipotesi, l'intervento edilizio risulta correttamente subordinato al rilascio dell'autorizzazione all'attività principale.

3.5.3. Analoghe considerazioni valgono per il box prefabbricato trattandosi di struttura per il ricovero di macchinari (e, in particolare, per i macchinari funzionali alla pesatura del materiale) e, come tale, di intervento relativo ad attività complementare a quella principale.

3.5.4. Allo stesso modo i dossi costituiscono strumenti destinati ad attutire l'impatto visivo ed acustico delle attività di scavo e, pertanto, la loro realizzazione è strumentale all'attività di estrazione.

3.5.5. Al contrario, lo spostamento del secondo ramo del fontanile nuovo è preordinato a non intervenire con la futura area di escavazione e, quindi, non costituisce un intervento di supporto o complementare all'attività estrattiva in termini funzionali ma è un mero adeguamento della struttura esistente in vista della futura attività. Mancando, pertanto, il nesso funzionale tra l'attività principale e l'intervento in esame (che, invero, non risulta neppure propriamente strumentale ad una determinata attività) lo stesso è, comunque, assentibile anche in difetto di autorizzazione all'attività estrattiva.

3.6. In relazione all'intervento di cui alla D.I.A. 15/2016 il Collegio osserva quanto segue. Il Comune deduce, sul punto, che l'autorizzazione contestata non potrebbe conseguirsi in poco tempo in ragione della mancata realizzazione da parte della società della viabilità esterna all'ATE prevista dal progetto di gestione quale condizione per il rilascio dell'autorizzazione ex art. 12 l. reg. Lombardia n°14 del 1998, rinviando alle sentenze nn. 2258/2016 e 62/2017 di questo Tribunale che decretano la natura privata di tali opere con conseguenti oneri a carico della società. Difatti, secondo il Comune, la dichiarazione di inizio attività n. 15/2016 è finalizzata alla realizzazione di un tratto di viabilità di cava interno all'ATEg33-C2 che costituirà l'ultimo tronco della nuova viabilità a servizio della cava esterna all'ATE prevista dal DD 7.05.2015 della Città Metropolitana e, per tale motivo, viene ritenuto

“inscindibilmente legato alla coltivazione effettiva del giacimento e quello di cui alla DIA n°15 e connesso alla realizzazione della viabilità che dovrebbe connettere l’ATEg33-C2 alla SP 114”.

3.6.1. In primo luogo, deve evidenziarsi come la sentenza 30 novembre 2016, n. 2258 affermi la natura privata delle opere viarie previste dal D.D. 7 maggio 2015 atteso che: *“a) la viabilità esterna all’ambito è ad uso esclusivo dei mezzi a servizio delle attività estrattive, secondo l’indicazione contenuta nell’autorizzazione della Città metropolitana del 19/05/15; b) si tratta quindi di opere realizzate per rendere compatibili interessi privati con interessi pubblici e quindi a vantaggio principale dei primi; c) non è prevista la loro acquisizione al patrimonio comunale; d) non sono opere di urbanizzazione ai sensi dell’art. 16, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 soggette a contributo a favore del Comune in quanto la giurisprudenza [chiarisce] che l’attivazione di una cava di sabbia e ghiaia a cielo aperto non comporta alcuna trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, perché consiste in un’attività estrattiva che non riguarda l’edificabilità del suolo e che non potrebbe essere assoggettata al contributo di partecipazione agli oneri ad essa relativi poiché tale contributo deve essere commisurato all’incidenza delle spese di urbanizzazione ed al costo di costruzione, inesistenti in tale ipotesi (Cass. Pen. 22 aprile 1983; Cass. pen. Sez. III 20 ottobre 1983 n. 870 e 5/10/1985 n. 1018)”*. Da ciò consegue che l’onere finanziario di tali opere e la relativa progettazione restano a carico del privato, mentre il Comune provvede alle modifiche urbanistiche ed al rilascio dei titoli edilizi necessari, una volta approvate.

3.6.2. Inoltre, questo Tribunale sancisce la legittimità della prescrizione contenuta nel provvedimento n. 4053/2015 di approvazione del progetto di gestione produttiva dell’ambito estrattivo nella parte in cui subordina il rilascio dell’autorizzazione all’attività di cava all’adozione dei provvedimenti (comunali o di altri enti competenti) necessari alla *“realizzazione della nuova viabilità e delle opere connesse”* (T.A.R. per la Lombardia, sede di Milano, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 17). Il Tribunale evidenzia come la prescrizione risulta coerente con le precedenti statuizioni *inter partes*, osservando come una diversa interpretazione della stessa potrebbe configurare *“una situazione di esercizio autorizzato della cava in assenza di opere viabilistiche, non essendo state queste ultime neppure autorizzate”*. Sul punto può, inoltre, rammentarsi l’ulteriore sentenza del T.A.R. per la Lombardia, sede di Milano, sez. IV, 11 aprile 2013, n. 914 che afferma la legittimità del decreto regionale sulla V.I.A. relativa all’ATE in esame, evidenziando come il decreto stesso subordini la concreta approvazione del progetto di escavazione *“alla risoluzione delle problematiche viabilistiche”*, con ciò stesso escludendo l’esistenza di un giudicato sulla questione della viabilità, dedotto nel giudizio definito dalla sentenza n. 17/2017.

3.6.3. Le precedenti statuizioni, se non decisive, risultano, comunque, rilevanti anche per la questione in esame. Infatti, chiarita la natura strumentale all’attività estrattiva delle opere viarie esterne non sembra predicabile l’assenza di tale legame per le opere interne. Si tratta, infatti, di infrastrutture di collegamento necessarie per il passaggio dei mezzi all’interno dell’area di cava. Pertanto, se anche la realizzazione di opere viarie esterne non è condizione giuridica per la realizzazione di opere interne, quest’ultime rimangono, comunque, assoggettate alla preventiva acquisizione dell’autorizzazione all’attività principale trattandosi di interventi finalizzati ad un’attività (la circolazione nell’area di cava) complementare alla coltivazione ed estrazione dei materiali e, quindi, all’attività principale.

4. In definitiva, il ricorso introduttivo deve essere parzialmente accolto nei termini e nei limiti sin qui illustrati.

5. E’ infondato, al contrario, il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 27 luglio 2017 avverso il provvedimento comunale del 21 luglio 2017. Con tale provvedimento il Comune diffida la società dal procedere all’inizio dei lavori relativi alla D.I.A. 16/2016.

5.1. La nullità o, comunque, l’illegittimità di tale provvedimento per contrarietà alla precedente ordinanza 664 del 2017 non risulta, infatti, predicabile atteso che, come statuito nel decreto cautelare monocratico n. 976 del 2017:

a) l’atto impugnato ha carattere monitorio e non costituisce una *“riconsiderazione provvedimento concreta della vicenda”* non essendo decorso, al momento di emanazione del provvedimento impugnato, il termine concesso all’Amministrazione dall’ordinanza n. 664 del 2017 *“la cui*

caratteristica di sospensione si qualifica come funzionale esclusivamente ad un riesame della vicenda da parte del Comune”;

b) l'ordinanza n. 664 del 2017 non abilita l'esecuzione dei lavori previsti nella D.I.A. che rimangono, pertanto, privi di un titolo valido ed efficace attesa la mancata rimozione dei provvedimenti inibitori adottati dal Comune ed impugnati con il ricorso introduttivo.

6. In ragione di quanto esposto, il ricorso introduttivo deve essere parzialmente accolto nei limiti indicati in motivazione. Va, invece, rigettato il ricorso per motivi aggiunti esaminato al punto 5 di questa parte di sentenza. Le spese di lite possono essere compensate in ragione della soccombenza reciproca ai sensi del combinato disposto di cui agli articolo 26 c.p.a. e 96 c.p.c.. Va, invece, posto a carico del Comune resistente, ove versato, il rimborso del contributo unificato ex articolo 13, comma 6 bis, D.P.R. n. 115 del 2002, introdotto dall'art. 2 comma 35 bis lett. e) d.l. 13 agosto 2011 n. 138, nella versione integrata dalla legge di conversione 14 settembre 2011 n. 148, seppur per il solo ricorso introduttivo del giudizio e non anche per il ricorso per motivi aggiunti in quanto respinto con la presente sentenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

a) accoglie parzialmente nei sensi e nei limiti di cui in motivazione il ricorso introduttivo, con conseguente annullamento *in parte qua* degli atti impugnati;

b) respinge il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 27 luglio 2017;

c) compensa le spese di lite;

d) pone a carico del Comune di Cusago, ove versato, il rimborso del contributo unificato ex articolo 13, comma 6 bis, D.P.R. n. 115 del 2002, introdotto dall'art. 2 comma 35 bis lett. e) d.l. 13 agosto 2011 n. 138, nella versione integrata dalla legge di conversione 14 settembre 2011 n. 148, relativo al solo ricorso introduttivo.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Lorenzo Cordi', Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Lorenzo Cordi'

IL PRESIDENTE

Italo Caso

IL SEGRETARIO