(OMISSIS e sottolineato a cura di Carteinregola)

**N. 05619/2012REG.PROV.COLL.**

**N. 10315/2005 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10315 del 2005, proposto da:

OMISSIS, rappresentata e difesa dagli avv. OMISSIS

**contro**

Comune di Genova, rappresentato e difeso dagli AVV.OMISSIS

Provincia di Genova, rappresentata e difesa dagli avv.

OMISSIS

**per la riforma**

della sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE I n. 01493/2004,

resa tra le parti, concernente rigetto istanza di sanatoria edilizia capannone a uso

artigianale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Genova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2012 il OMISSIS

**Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.**

FATTO

La signora OMISSIS è proprietaria di un capannone a uso artigianale nel

comune di Genova, nei pressi del torrente OMISSIS, per il quale ha presentato

istanza di sanatoria edilizia. Ritenendo sussistente, anche sulla scorta di una nota

della Provincia, un vincolo di inedificabilità assoluta in fascia di rispetto di corso

d’acqua pubblico, l’Amministrazione comunale ha rigettato l’istanza.

Il ricorso con cui la signora OMISSIS ha quindi impugnato il diniego è stato respinto dal Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, Sezione I, con sentenza 28 ottobre 2004, n. 1493, che ha preliminarmente disatteso l’eccezione di difetto di giurisdizione in favore del Tribunale superiore delle acque pubbliche, formulata dalla Provincia.

Contro la sentenza la signora OMISSIS ha interposto appello, deducendo sotto vari profili la violazione di legge e l’eccesso di potere.

Il Comune e la Provincia di Genova si sono costituiti in giudizio per resistere

all’appello.

Le parti hanno presentato memorie.

All’udienza pubblica del 23 ottobre 2012, l’appello è stato chiamato e trattenuto in

decisione.

**DIRITTO1.** Con il primo motivo dell’appello, la signora OMISSIS contesta la sentenza di primo grado nella parte in cui afferma che l’analisi del tenore letterale dell’art. 96, lettera f), del regio decreto 25 luglio 1904, n. 523, confermerebbe la natura di vincolo inderogabile di inedificabilità ai sensi dell’art. 33 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, tale da precludere il rilascio della concessione in sanatoria.

L’appello osserva che:

il vincolo di tutela dei corsi d’acqua ex art. 96 del r.d. n. 523 del 1904 non

corrisponderebbe ad alcuno dei tipi elencati dall’art. 33 della legge n. 47 del 1985;

esso farebbe comunque salva la diversa disciplina posta dalle normative locali;

il P.R.G. vigente al momento del diniego consentirebbe l’edificabilità anche

nell’area dell’appellante;

il Comune avrebbe assentito numerosi interventi edilizi nella medesima zona.

1.1 Il motivo non è fondato.

L’art. 96 citato elenca una serie di “lavori ed atti vietati in modo assoluto sulle

acque pubbliche, loro alvei, sponde e difese”.

Come afferma costantemente la giurisprudenza, il divieto di costruzione di opere

sugli argini dei corsi d’acqua, previsto dalla lettera f) dell’art. 96, è informato alla

ragione pubblicistica 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. Cass. civ., SS.UU., 30 luglio 2009,

n. 17784) e ha carattere legale e inderogabile: ne segue che le opere costruite in

violazione di tale divieto ricadono nella previsione dell’art. 33 della legge n. 47 del

1985 e non sono pertanto suscettibili di sanatoria (cfr. per tutte Cons. Stato, Sez.

V, 26 marzo 2009, n. 1814; Id., Sez. IV, 12 febbraio 2010, n. 772; Id., Sez. IV, 22

giugno 2011, n. 3781; Trib. Sup. acque pubbl., 15 marzo 2011, n. 35; ivi riferimenti

ulteriori).

E’ ben vero che la lettera f) dell’art. 96, che qui viene in questione, commisura il

divieto alla distanza “stabilita dalle discipline vigenti nelle diverse località” e in

mancanza di queste lo stabilisce alla distanza “minore di metri quattro per le

piantagioni e smovimento del terreno e di metri dieci per le fabbriche e per gli

scavi”.

Senonché – come è stato più volte affermato in giurisprudenza – alla luce del

generale divieto di costruzione di opere in prossimità degli argini dei corsi d’acqua,

il rinvio alla normativa locale assume carattere eccezionale. Tale normativa, per

prevalere sulla norma generale, deve avere carattere specifico, ossia essere una

normativa espressamente dedicata alla regolamentazione della tutela delle acque e

alla distanza dagli argini delle costruzioni, che tenga esplicitamente conto della

regola generale espressa dalla normativa statale e delle peculiari condizioni delle

acque e degli argini che la norma locale prende in considerazione al fine di

stabilirvi l'eventuale deroga. Nulla vieta che la norma locale sia espressa anche

mediante l'utilizzo di uno strumento urbanistico, come può essere il piano

regolatore generale, ma occorre che tale strumento contenga una norma

esplicitamente dedicata alla regolamentazione delle distanze delle costruzioni dagli

argini anche in eventuale deroga alla disposizione della lettera f) dell’art. 96, in

relazione alla specifica condizione locale delle acque di cui trattasi (cfr. Cass. civ.,

SS. UU., 18 luglio 2008, n. 19813; Cons. Stato, Sez. IV, 29 aprile 2011, n. 2544).

In mancanza di una difforme disciplina sul punto specifico nel P.R.G. dell’epoca,

deve ritenersi non sussistere una normativa locale derogatoria di quella generale,

alla quale dunque occorre fare riferimento.

Neppure giova alla tesi, infine, il richiamo alla presenza in zona di altri manufatti,

trattandosi di circostanza che, genericamente affermata più che effettivamente

dimostrata, andrebbe comunque esaminata con riguardo ai singoli casi concreti.2. Il secondo motivo richiama la legge regionale 28 gennaio 1993, n. 9, che, nel

sostituire le disposizioni del r.d. n. 523 del 1904, affida la tutela dei corsi d’acqua a

un sistema di piani e solo in salvaguardia prevede distanze minime, consentendone

espressamente la deroga con autorizzazione dell’autorità competente in materia di

polizia idraulica. La sentenza avrebbe equivocato il motivo del ricorso di primo

grado, che invocava la normativa regionale per mettere in evidenza come il diniego

del Comune si fondasse su un presupposto normativo non più applicabile alla

fattispecie, affermando invece che l’Amministrazione non avrebbe potuto

concedere comunque la deroga attesa l’esiguità della distanza della costruzione

rispetto al torrente.

2.1 Il motivo non ha pregio.

L’art. 26 della legge regionale n. 9 del 1993 stabilisce un regime transitorio

destinato a valere sino all’approvazione dei piani di bacino.

In particolare:

indica le opere e le attività che, nei corsi d’acqua pubblici, non sono autorizzabili in

relazione alla loro rilevanza o impatto ambientale (comma 1);

elenca gli interventi specificamente vietati, con limitate possibilità di deroghe

(comma 2);

permette eccezioni ai divieti di cui ai commi precedenti, attribuendo un potere

autorizzatorio all’autorità competente in materia di polizia idraulica (commi 3 e 3

bis).

Nel caso di specie, non è contestato che il torrente sulla sponda del quale si trova il

manufatto sia un “corso d’acqua arginato” (nulla obietta al riguardo l’appellante

nella memoria di replica del 1° ottobre scorso) e ricada dunque nella previsione

della lettera c) del comma 2. Poiché in tal caso la distanza per le nuove edificazioni

è posta a dieci metri, la disciplina finisce per coincidere con quella dell’art. 96,

lettera f), più volte citato. La normativa regionale, lungi dal sostituire quella nazionale - come avverrebbe, ai sensi dell’art. 34 della legge regionale n. 9 del 1993,

in caso di contrasto - sostanzialmente non escludono contrasta con quella,

cosicché non è illegittimo il provvedimento del Comune nella parte in cui richiama

quella nazionale a fondamento del diniego.

All’inverso, anche ad ammettere, in via di semplice ipotesi, l’applicabilità alla

fattispecie della lettera b) del comma 2 dell’art.26 ricordato, in luogo del comma c),

sarebbe palesemente assurdo dichiarare illegittimo il diniego medesimo sulla base

di (quella che può essere tutt’al più) una mera svista, quando è indubbio che il

manufatto è posto direttamente sull’argine del torrente e non rispetta dunque la

distanza minima di tre metri prevista dalla disposizione. Nello stato di fatto, il

diniego di sanatoria era comunque atto dovuto: mancando un concreto potere di

scelta dell’Amministrazione, il diniego stesso, in applicazione del principio di

conservazione degli atti, non potrebbe perciò essere annullato.

Né queste conclusioni possono essere contraddette sulla base del contenuto della

nota comunale del 1° marzo 2004, che, così isolatamente considerata, appare di

difficile valutazione e sembra comunque estranea al procedimento in discussione.

3. Il terzo motivo dell’appello censura la disparità di trattamento e la

contraddittorietà rispetto ad altre situazioni analoghe, risolte favorevolmente, che il

T.A.R. avrebbe potuto accertare mediante acquisizione documentale.

3.1 Il motivo non è fondato.

Come rilevato sub 1.1, l’asserita disparità di trattamento è genericamente affermata

e non effettivamente dimostrata dalla parte privata, che non adempie all’onere

probatorio che su di essa grava.

Peraltro, anche se la prova fosse data, questa non gioverebbe all’appellante. Infatti,

il provvedimento di diniego di condono edilizio costituisce espressione di potere

vincolato rispetto ai presupposti normativi richiesti e dei quali deve farsi

applicazione, con la conseguenza che in ordine al medesimo non possono venire in rilievo profili di eccesso di potere quali la disparità di trattamento, propri

dell'esercizio del potere discrezionale: l’eventuale rilascio del condono registratosi

in analoghi casi di abusi non condonabili, e quindi suscettibili di annullamento

giurisdizionale o amministrativo, non può di per sé legittimare la pretesa a identico

trattamento (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2105; Id., Sez. IV, 24

febbraio 2011, n. 1235).

4. Il quarto motivo dell’appello contesta che il vincolo sia stato imposto prima

della realizzazione dell’opera. Ciò perché:

gli interventi sull’immobile successivi al 1920 (data dell’apposizione del vincolo)

non avrebbero comportato scavi o fabbriche nuove, tali da incidere sul regime

della acque;

non sarebbe dimostrato che il torrente OMISSIS fosse inserito nell’elenco delle

acque pubbliche. Su questa censura il giudice di primo grado avrebbe omesso di

pronunziarsi.

4.1 Nessuna delle due articolazioni del motivo è fondata.

Premesso che non è contestato che l’apposizione del vincolo risalga al 1920, non

ha pregio la prima, perché la stessa appellante ammette che “nel 1919 il terreno

venne concesso alla Cooperativa OMISSIS, che vi installò

una tettoia ad uso officina. Successivi interventi, gli ultimi dei quali furono eseguiti

negli anni ’50 ed ultimati presumibilmente nel 1960, hanno attribuito al manufatto

la conformazione attuale”.

La conformazione attuale del manufatto è attestata dalla perizia giurata in atti, dalla

quale appare trattarsi di un vero e proprio capannone industriale, strutturalmente

ben diverso da una semplice tettoia, eseguito nel 1960.

4.2 Quanto poi all’ulteriore profilo, esso è smentito dalla circostanza che la nota

della Provincia di Genova del 20 marzo 1997, espressamente richiamata dal provvedimento di diniego, dichiara che il torrente OMISSIS è iscritto al n. 42

del primo elenco delle acque pubbliche della Provincia stessa dal 18 gennaio 1920.

5. Con il quinto motivo, l’appellante censura la sentenza impugnata nella parte in

cui, rispetto alla motivazione del provvedimento di diniego, considera

sostanzialmente irrilevante il richiamo al piano di bacino stralcio del torrente, in via

di approvazione.

Il richiamo a un presunto contrasto avrebbe invece acquisito rilievo determinante

alla luce della nuova normativa della Regione Liguria, prima ricordata, che rinvia ai

piani di bacino e, nelle more, pone una disciplina transitoria.

Il contrasto, peraltro, sarebbe smentito dalla documentazione in atti.

Inoltre l’eventuale contrasto sarebbe irrilevante in sede di valutazione della

sanabilità di un’opera ex art. 31 della legge n. 47 del 1985, essendo il piano

posteriore all’opera; la sanatoria ex art. 31 prescinderebbe comunque dalla

conformità agli strumenti urbanistici; il piano, comunque, non è stato ancora

approvato; il richiamo al piano dimostrerebbe che la determinazione del Comune

si sarebbe formata sulla base di elementi estranei al potere esercitato.

5.1 La censura non ha fondamento.

Come ha correttamente rilevato il T.A.R., nell’economia della decisione di diniego

il piano di bacino è indicato ad adiuvandum, al solo fine di attestare anche de

futuro la rilevanza del vincolo.

Non ha poi rilievo il richiamo all’art. 31 della legge n. 47 del 1985, posto che –

come prima detto – nella fattispecie trova applicazione l’art. 33, dal quale discende

l’esclusione dalla sanatoria dell’opera in questione.

6. Il sesto motivo fa leva sulla nota della Provincia, richiamata dal Comune nel

provvedimento impugnato. Non sarebbe chiaro quale peso avrebbe dato il

Comune a tale nota; condividendo comunque i contenuti (vincolo di inedificabilità

assoluta; qualificazione del torrente come acqua pubblica; contrasto con il piano in itinere) di un atto viziato per le ragioni esposte nei motivi prima richiamati, il

diniego sarebbe affetto anche da illegittimità derivata.

Su tale motivo il T.A.R. avrebbe omesso di pronunciare.

6.1 Poiché a dar conto della legittimità della nota valgono le considerazioni svolte

prima a proposito del diniego comunale, il vizio di illegittimità derivata

evidentemente non sussiste.

7. Il settimo motivo ripropone le censure di difetto di motivazione istruttoria e

contraddittorio, mancata comunicazione di avvio del procedimento, anche in

relazione all’interesse consolidato dell’appellante, mancata acquisizione del parere

della commissione edilizia.

7.1 Neppure questo motivo è fondato:

il diniego appare ampiamente motivato (peraltro il vincolo di inedificabilità, nei

fatti accertato, è un fattore assolutamente insuperabile rispetto al rilascio della

sanatoria; la situazione di abuso che ne deriva non può costituire fondamento di

alcuna pretesa tutelabile per il privato);

la comunicazione dell’avvio del procedimento non era necessaria, trattandosi di

procedimento a istanza di parte (cfr. per tutte Cons. Stato, Sez. VI, 8 giugno 2010,

n. 3624) e di provvedimento a contenuto vincolato, rispetto al quale l’interessata

non avrebbe potuto apportare alcun contributo partecipativo (cfr. per tutte Cons.

Stato, Sez. IV, 7 settembre 2011, n. 5028; Id, Sez. IV, 17 settembre 2012, n. 4925);

non era necessario il parere della commissione edilizia. La specialità del

procedimento di condono edilizio rispetto all'ordinario procedimento di rilascio

della concessione a edificare e l'assenza di una specifica previsione in ordine alla

sua necessità rendono, per il rilascio della concessione in sanatoria, il parere della

Commissione edilizia non obbligatorio, ma, tutt'al più, facoltativo, al fine di

acquisire eventuali informazioni e valutazioni con riguardo a particolari e sporadici

casi incerti e complessi, in assenza dei quali il rilascio della concessione in sanatoria è subordinato alla semplice verifica dei presupposti e condizioni espressamente e

chiaramente fissati dal legislatore (cfr. da ultimo Cons. Stato, Sez. IV, 3 agosto

2010, n. 5156; Id., Sez. IV, 6 luglio 2012, n. 3969; ivi riferimenti ulteriori). Che

nella specie non sussistessero particolari condizioni, tali da rendere complessa o

difficoltosa la valutazione del Comune, è circostanza già emersa nel corso della

disamina dei precedenti motivi dell’appello; dunque, non v'erano spazi per poter

invocare utilmente l'intervento dell'organo consultivo collegiale.

8. L’appello ripropone, infine, un motivo aggiunto formulato in primo grado e in

quella sede giudicato tardivo e comunque infondato nel merito.

In tesi, il Comune, nel corso dell’istruttoria, sarebbe giunto alla conclusione che il

vincolo in questione fosse da ricondursi alla tipologia prevista dall’art. 32 della

legge n. 47 del 1985.

L’appello contesta anzitutto la dichiarata tardività (la nota comunale rivolta alla

Provincia, di cui si discute, avrebbe dovuto essere resa disponibile all’interessata).

Sottolinea poi il contrasto tra premessa istruttoria e provvedimento conclusivo del

procedimento, che vizierebbe l’atto di diniego. Censura infine i comportamenti di

Comune e Provincia, ritenuti contraddittori, in quanto l’uno avrebbe richiesto un

parere ex art. 32 della legge n. 47 del 1985 e l’altra avrebbe reso una pronuncia non

pertinente; da ciò deriverebbe una manifesta illogicità e incongruità. Il T.A.R.

avrebbe omesso di valutare quest’ultimo profilo.

8.1 Il motivo non è fondato.

In disparte la questione relativa all’ammissibilità del motivo aggiunto, va detto che

la nota comunale va correttamente interpretata nel senso di porre l’alternativa tra

l’applicabilità alla domanda di sanatoria dell’art. 32 o dell’art. 33 della legge n. 47

del 1985. Alternativa che la Provincia, visti gli elenchi delle acque pubbliche, ha

necessariamente sciolto nel senso della inedificabilità assoluta e quindi della

impossibilità di sanatoria dell’opera

9. Dalle considerazioni che precedono discende che l’appello è infondato e va

perciò respinto.

Le spese seguono la soccombenza, conformemente alla legge, e sono liquidate

come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente

pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto,

conferma la sentenza impugnata.

Condanna la parte appellante a corrispondere al Comune di Genova gli importi di

euro 5.000,00 (cinquemila/00) per onorari e euro 1.500,00 (millecinquecento/00)

per spese, oltre agli accessori di legge; alla Provincia di Genova gli importi di euro

5.000,00 (cinquemila/00) per onorari e euro 1.500,00 (millecinquecento/00) per

spese, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2012 con

l'intervento dei magistrati:

OMISSIS

**L'ESTENSORE IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2012

IL SEGRETARIO

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