

N. 04974/2012REG.PROV.COLL.

N. 04353/2007 REG.RIC.

N. 04390/2007 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 in appello n. 4353 del 2007, proposto dal Comune di Gallarate, in persona del sindaco legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Ercole Romano e Guido Bardelli, ed elettivamente domiciliato, unitamente ai difensori, presso l'avv. Andrea Manzi in Roma, via F. Confalonieri n. 5, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

contro

Luigia Mistrangioli e Giovanna Mistrangioli, in qualità di eredi dell'originaria ricorrente Rita Tonetti, rappresentate e difese dagli avv.ti Grazia Pasotti e Guido Francesco Romanelli, ed elettivamente domiciliate presso quest'ultimo in Roma, via Cosseria n. 5, come da procura speciale in calce all'atto di costituzione; Giuliana Maria Angela Mistrangioli e Giovanni Mistrangioli, in qualità di eredi dell'originaria ricorrente Rita Tonetti, non costituite in giudizio;

nei confronti di

S.T.I.E. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Tiziano Giovannelli, ed elettivamente domiciliata, unitamente al difensore, presso l'avv. Manfredi Bettoni in Roma, via Barberini n. 29, come da mandato in calce alla comparsa di costituzione e risposta;

sul ricorso in appello n. 4390 del 2007, proposto da S.T.I.E. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Tiziano Giovannelli, ed elettivamente domiciliata, unitamente al difensore, presso l'avv. Manfredi Bettoni in Roma, via Barberini n. 29, come da mandato in calce al ricorso introduttivo;

contro

Luigia Mistrangioli e Giovanna Mistrangioli, in qualità di eredi dell'originaria ricorrente Rita Tonetti, rappresentate e difese dagli avv.ti Grazia Pasotti e Guido Francesco Romanelli, ed elettivamente domiciliate presso quest'ultimo in Roma, via Cosseria n. 5, come da procura speciale in calce all'atto di costituzione; Giuliana Maria Angela Mistrangioli e Giovanni Mistrangioli, in qualità di eredi dell'originaria ricorrente Rita Tonetti, non costituite in giudizio;

nei confronti di

Comune di Gallarate, in persona del sindaco legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 4353 del 2007:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione seconda, n. 3006 del 19 dicembre 2006;

quanto al ricorso n. 4390 del 2007:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione seconda, n. 3006 del 19 dicembre 2006;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2012 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Ercole Romano e Ludovica Franzin, su delega di Guido Francesco Romanelli, Manfredi Bettoni, su delega di Tiziano Giovanelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 4353 del 2007, il Comune di Gallarate propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione seconda, n. 3006 del 19 dicembre 2006 con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Rita Tonetti per l'annullamento della concessione edilizia n. 64 del 18 giugno 2001, rilasciata alla originaria controinteressata S.T.I.E. s.p.a. per la costruzione di due fabbricati ad uso stazione autolinee e alloggio custode.

La vicenda in scrutinio nasce dal momento in cui il Comune di Gallarate ha adottato e approvato, ai sensi dell'art. 3 della legge regionale n. 23/1997, un piano di recupero, in variante al piano regolatore generale, per la realizzazione della nuova stazione autolinee nella zona di Piazza San Lorenzo - via Ferrai (deliberazioni 27.12.1999 n. 158 e 27.7.2000 n. 194).

L'originaria ricorrente, comproprietaria di aree edificate site in via Ferrai-via Trieste, individuate in catasto ai mappali 1344-730-6812-6813-6814, ha impugnato il piano di recupero con ricorso che il T.A.R. ha dichiarato inammissibile (sentenza 10.6.2002 n. 2447) per omessa notifica ai controinteressati (promotori del piano di recupero e alle cooperative cessionarie dei lotti compresi nel piano stesso).

Su istanza della S.T.I.E. il Comune ha quindi rilasciato la concessione edilizia 18 giugno 2001 n. 64 per la realizzazione di due fabbricati, destinati a stazione autolinee e alloggio custode.

Con il ricorso in esame la ricorrente ha impugnato la concessione per i seguenti motivi:

- illegittimità derivata dai vizi del piano di recupero (tuttora sub iudice), il quale imprime alle aree del lotto B una destinazione (produttiva) contrastante con quella (residenziale) prevista dallo strumento urbanistico generale (primo motivo);

- violazione della normativa in materia di prevenzione incendi (decreti 1 febbraio 1986 e 16 febbraio 1982 del Ministero dell'interno; d.p.r. 12 gennaio 1998 n. 37), in quanto il progetto, comprendendo la realizzazione di cisterne di carburante interrato e di un distributore di gasolio, doveva essere sottoposto al controllo preventivo dei Vigili del fuoco, e non già esentato da tale verifica (secondo motivo);

- violazione delle norme sulle distanze dalla ferrovia (artt. 49, 52, 60 d.p.r. 11 luglio 1980 n. 753), essendo la recinzione e la stazione autolinee edificati a distanza non regolamentare dai binari, senza che risulti chiesta, né concessa dall'Ente Ferrovie alcuna deroga al rispetto delle distanze minime (terzo motivo);

- violazione del regolamento edilizio (art. 40 e art. 38 comma 5.1) in quanto una strada del comparto, che dà accesso a proprietà diverse, presenta un calibro (mt 4) inferiore a quello minimo (mt 6) previsto per le strade private e comunque inferiore alla larghezza minima (mt 4,5) prescritta per i passaggi carrabili (quarto motivo);

- violazione della normativa sui parcheggi (art. 41-sexies legge 17 agosto 1942 n. 1150; art. 7 punto 8 e art. 28 n.t.a.; art. 22 l.r. Lombardia 15 aprile 1975 n. 51), in quanto, a parte un "deposito cicli", il progetto non prevede spazi di parcheggio per

autoveicoli fruibili dagli utenti, dal personale dipendente della stazione autolinee, o dagli avventori del bar (quinto motivo);

- violazione del codice della strada [art. 46, comma 2, lett. a), d.lgs. 16- dicembre 1992 n. 495] in quanto il passo carrabile per ingresso autobus, sboccando direttamente nell'intersezione tra via Beccaria e via Ferni, non rispetterebbe la distanza minima di 12 metri da detta intersezione (sesto motivo);

- violazione della normativa relativa al verde traspirante (art. 7 n.t.a.) e di quella relativa alla superficie scoperta e drenante nelle zone destinate a insediamenti produttivi o commerciali (art. 3.2.3. Regolamento di igiene), essendo la relativa dotazione (100 mq di airole concentrati sul lotto A) largamente al di sotto delle quote minime prescritte - rispettivamente - per il verde traspirante (1/5 del lotto edificabile) e per la superficie drenante (15% dell'area di pertinenza) (settimo motivo);

- violazione dell'art. 6, comma 1, lett. d), legge 26 ottobre 1995 n. 447 (legge quadro sull'inquinamento acustico), in quanto il rilascio della concessione edilizia non è stato preceduto da uno studio previsionale relativo all'impatto acustico derivante dal movimento continuo dei mezzi di autotrasporto (ottavo motivo);

- violazione del p.r.g. e delle n.t.a., giacché la stazione autolinee (lotto B del piano di recupero) è stata illegittimamente localizzata in zona B I centrale intensiva residenziale "X", ove sono ammessi solo insediamenti residenziali e attività accessorie compatibili (negozi, esercizi pubblici, attività professionali, ecc), con esclusione di ogni attività produttiva (nono motivo).

Costituitosi il Comune di Gallarate, il T.A.R. provvedeva con sentenza non definitiva n. 633 del 21 marzo 2006 a dichiarare - dichiara inammissibili il primo e il nono motivo di ricorso, nonché il motivo dedotto con la memoria finale, disponendo nel contempo adempimenti istruttori a carico del Comune di Gallarate. A ciò adempiuto, il ricorso veniva deciso con la sentenza appellata. In

essa, il T.A.R. riteneva fondate le censure proposte, in relazione ai motivi n. 3, n. 5 e n. 6, in carenza di prova contraria fornita dal Comune.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto ed in diritto operata dal giudice di prime cure, in relazione alla legittimità del proprio operato.

Nel giudizio di appello, si sono costituite Luigia Mistrangioli e Giovanna Mistrangioli, in qualità di eredi dell'originaria ricorrente Rita Tonetti, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

Si costituiva altresì la S.T.I.E. s.p.a., la quale impugnava peraltro autonomamente la stessa sentenza con ricorso iscritto al n. 4390/2007. Anche in questo secondo giudizio di appello, si sono costituite Luigia Mistrangioli e Giovanna Mistrangioli, in qualità di eredi dell'originaria ricorrente Rita Tonetti, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

I due appelli venivano trattati congiuntamente e, dopo un primo rinvio dato all'udienza del 26 giugno 2007, all'udienza del 25 settembre 2007, l'istanza cautelare veniva con ordinanza n. 4868/2007, in relazione al ricorso n. 4353/2007, e con ordinanza n. 4871/2007, in relazione al ricorso n. 4390/2007.

Alla pubblica udienza del 26 giugno 2012, i ricorsi sono stati congiuntamente discussi ed assunti in decisione.

DIRITTO

1. - Alcune questioni preliminari devono essere immediatamente esaminate prima di procedere allo scrutinio delle questioni di merito.

In primo luogo, ed a norma dell'art. 96 comma 1 del codice del processo amministrativo, va disposta la riunione dei diversi appelli, in quanto proposti contro la stessa sentenza.

In secondo luogo, va evidenziato come, a seguito della costituzione in giudizio di Luigia Mistrangioli e Giovanna Mistrangioli, in qualità di eredi dell'originaria

ricorrente Rita Tonetti, ed alle eccezioni sull'integrità del contraddittorio da queste proposte, le appellanti (il Comune di Gallarate, con atto inviato per la notifica in data 13 luglio 2007, e la S.T.I.E. s.p.a., con atto del procuratore consegnato all'ufficio postale in data 29 agosto 2007) hanno provveduto a notificare il ricorso introduttivo anche agli altri eredi non costituiti. Il contraddittorio processuale, a seguito di tale adempimento richiesto all'udienza del 26 giugno 2007, deve considerarsi quindi integro.

In terzo luogo, anche al fine di delimitare l'area del contendere, osserva la Sezione come le precedenti decisioni del T.A.R. della Lombardia che hanno interessato la questione ora in esame siano oramai coperte dal giudicato, in quanto la sentenza n. 2447/2002 (con la quale era stata gravata la deliberazione del Consiglio comunale di Gallarate n. 194 del 27.7.2000 avente ad oggetto l'approvazione del piano di recupero in variante al p.r.g., ai sensi della L. reg. 23/1997, relativo alla zona di Piazza S. Lorenzo, via Fermi, per la realizzazione di una nuova stazione autolinee) è stata confermata da questa Sezione con decisione n. 4473/2009, mentre la sentenza parziale n. 633/2006 (che aveva dichiarato inammissibili i motivi n. 1 e 9 del ricorso introduttivo) non è stata ulteriormente gravata.

Sulla scorta di tali precisazioni, possono quindi esaminarsi le censure di merito, seguendo l'iter motivazionale adottato dal giudice di prime cure.

2. - Con il primo motivo di diritto, le appellanti lamentano l'accoglimento del terzo motivo di censura del ricorso introduttivo, relativo alla mancanza di una deroga alle distanze legali a protezione delle ferrovie fissate dal DPR 753/80. In particolare l'originaria ricorrente aveva segnalato come il progetto avesse previsto, in assenza di deroga, la ricostruzione del muro di recinzione alla distanza di m. 1,60 dal binario più vicino e la costruzione dei manufatti alla distanza di m. 9,60 dal medesimo binario. La detta doglianza veniva accolta dal T.A.R. sulla base del difetto di prova del rilascio della detta deroga, atteso che "anche a seguito dei

chiarimenti da parte dell'amministrazione, non risulta dimostrato che l'amministrazione abbia autorizzato la deroga alla distanza minima prevista per le recinzioni dall'art. 52 d.P.R. 11.7.1980 n. 753”.

La detta affermazione è contraddetta, sulla base delle risultanze documentali, dalle parti appellanti, che evidenziano al contrario l'effettivo rilascio dell'autorizzazione richiesta.

2.1. - La doglianza è fondata e va accolta.

Il citato d.P.R. 11 luglio 1980, n. 753 “Nuove norme in materia di polizia, sicurezza e regolarità dell'esercizio delle ferrovie e di altri servizi di trasporto”, all'art. 60, prevede:

“Quando la sicurezza pubblica, la conservazione delle ferrovie, la natura dei terreni e le particolari circostanze locali lo consentano, possono essere autorizzate dagli uffici lavori compartimentali delle F.S., per le ferrovie dello Stato, e dai competenti uffici della M.C.T.C., per le ferrovie in concessione, riduzioni alle distanze prescritte dagli articoli dal 49 al 56.

I competenti uffici della M.C.T.C., prima di autorizzare le richieste riduzioni delle distanze legali prescritte, danno, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, comunicazione alle aziende interessate delle richieste pervenute, assegnando loro un termine perentorio di giorni trenta per la presentazione di eventuali osservazioni.

Trascorso tale termine, i predetti uffici possono autorizzare le riduzioni richieste”.

Nel caso in esame, risulta agli atti come il soggetto preposto alla tutela, ossia RFI - Rete Ferroviaria Italiana, avesse effettivamente autorizzato il citato intervento relativo alla stazione autolinee, in deroga alle distanze minime previste dai binari e dalle rotatorie ferroviarie più vicine, con lettera del 25 ottobre 2002, dove espressamente si legge: “autorizza l'intervento in oggetto alla distanza minima di mt. 9,60 dalla più vicina rotaia FS”.

Le parti appellate lamentano tuttavia come la detta autorizzazione in deroga non sia in ogni caso legittima, non potendo incidere sulla correttezza della concessione rilasciata, sia perché non comprendente tutte le opere realizzate, ed in specie l'ulteriore recinzione posta a distanza ancora inferiore dal tratto delle rotaie, sia per i vizi procedurali che la connotano.

Gli ulteriori profili di censura non possono essere condivisi.

In merito poi alla recinzione, non vi sono elementi che inficino l'affermazione del Comune per cui questa fosse un manufatto esistente e non di nuova costruzione, tanto da essere indicata nel progetto di cui alla concessione come mera ricostruzione, e quindi non integrante i presupposti per l'applicazione dell'autorizzazione in deroga di cui al citato art. 60 e, quindi, nemmeno a legittimare una richiesta di provvedimento in tal senso.

Rispetto poi ai profili procedurali di tale rilascio, e quindi in relazione al tema della tardività del rilascio ed al soggetto al quale la stessa è stata rilasciata, occorre ricordare come in giurisprudenza, il vincolo di rispetto ferroviario sia sempre stato considerato come vincolo di inedificabilità relativa e non assoluta. Tale qualificazione ha consentito, tra l'altro, di permettere l'utilizzo dell'autorizzazione in deroga anche in sanatoria di edificazioni già compiute (ad esempio in relazione ai profili di sanatoria di abusi edilizi, vedi da ultimo T.A.R. Toscana, sez. III, 18 gennaio 2010 n. 37), rendendo evidente come il mero ritardo nella richiesta, anche quando proposta tramite un soggetto terzo, e nel rilascio di tale autorizzazione, non possano portare all'illegittimità della concessione edilizia rilasciata.

3. - Con il secondo motivo di diritto, viene censurata la sentenza nella parte in cui ha ritenuto fondato il motivo dedotto nel quinto motivo del ricorso e attinente alla violazione della normativa sulla realizzazione dei parcheggi. In dettaglio, l'originaria ricorrente lamentava che non sarebbe stato previsto alcun parcheggio per gli autoveicoli, in relazione agli interventi oggetto della concessione.

Affermano in contrario le parti appellanti come il piano di recupero, posto a monte della rilasciata concessione, aveva previsto che la dotazione di parcheggi relativa al lotto B (quello cioè sul quale sono stati realizzati gli interventi previsti dall'impugnata concessione edilizia) fosse reperita interamente sul lotto A ed aveva calcolato che la dotazione di parcheggi (su strada ed interrati) prevista su quest'ultimo lotto fosse sufficiente a soddisfare interamente il fabbisogno di parcheggi derivante dagli interventi in questione.

3.1. - La doglianza è fondata.

La questione sottoposta al T.A.R., ossia la congruità del fabbisogno di parcheggi, era stata già oggetto di valutazione nell'ambito della pianificazione attuativa a cui si ricollegava il rilascio della concessione edilizia gravata.

Tali statuizioni erano state oggetto di impugnativa nell'ambito del processo conclusosi con la sentenza n. 2447/2002 del T.A.R. della Lombardia, con la quale era stata gravata la deliberazione del Consiglio comunale di Gallarate n. 194 del 27.7.2000 avente ad oggetto l'approvazione del piano di recupero in variante al p.r.g., ai sensi della L. reg. 23/1997, relativo alla zona di Piazza S. Lorenzo, via Fermi, per la realizzazione di una nuova stazione autolinee. La sentenza del T.A.R., declaratoria dell'irricevibilità del ricorso, era stata poi confermata da questa Sezione con decisione n. 4473/2009.

Per tali ragioni, la detta censura doveva essere considerata inammissibile in primo grado, con ciò comportando l'accoglimento della doglianza formulata in merito in grado di appello.

4. - Con l'ultimo motivo di appello, viene gravata la sentenza in relazione all'accoglimento del sesto motivo del ricorso introduttivo, con cui si era lamentata la violazione del codice della strada, relativamente alle distanze dei passi carrabili dall'intersezione tra la via Beccaria e la via Ferni.

Le appellanti evidenziano che, contrariamente a quanto affermano in sentenza, i due passi carrabili di ingresso e uscita degli autobus posti in fregio alla via Forni devono considerarsi posizionati ad una distanza di 12 metri l'uno dall'altro, come richiesto dalle norme invocate, in quanto la via Beccaria non era un'intersezione della via Forni, ma la prosecuzione della stessa via Beccaria con un'altra denominazione.

4.1. - La doglianza è fondata e va accolta.

Occorre preliminarmente evidenziare come, a norma della disciplina invocata (D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 “Nuovo codice della strada”) il concetto di intersezione si costruisce non in rapporto al dato formale della denominazione delle strade, ma in relazione al dato sostanziale dell'esistenza di due o più correnti di traffico. Afferma, infatti, l'art. 3 “Definizioni stradali e di traffico” della detta disciplina che si definisce “area di intersezione” quella “parte della intersezione a raso, nella quale si intersecano due o più correnti di traffico”, come pure è “intersezione a raso (o a livello)” quella “area comune a più strade, organizzata in modo da consentire lo smistamento delle correnti di traffico dall'una all'altra di esse”.

Come si appalesa dagli atti e dalle planimetrie allegate al ricorso, nel caso in specie non è rinvenibile alcuna diversa corrente di traffico che tra le due strade, denominate via Forni e via Beccaria. Effettivamente, dal punto di vista delle correnti veicolari, la strada si presenta unica, con una diversa denominazione in rapporto a due diversi segmenti, senza che ciò possa far individuare una ragione concreta per l'applicabilità dell'art. 46 del d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495 “Regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada”, stante l'inconfigurabilità di un'intersezione.

5. - Accolte le censure avverso i capi di sentenza che avevano accolto i motivi di ricorso proposto dalla parte originariamente ricorrente, va anche rilevato che le

parti appellate, al punto 6 del loro atto di costituzione, hanno fatto richiamo ai motivi di impugnativa n. 2, 4, 7 e 8 del ricorso in primo grado, ritenuti assorbiti dalla pronuncia del T.A.R., chiedendo alla Sezione che gli stessi venissero esaminati.

5.1. - La richiesta è inammissibile.

Come afferma la giurisprudenza in materia (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 6 giugno 2011 n. 3371), anche se l'effetto devolutivo dell'appello comporta l'ammissibilità della formulazione dei motivi assorbiti in primo grado anche in una memoria difensiva non notificata, è però necessario che la parte appellata indichi specificamente le censure che intende devolvere alla cognizione del giudice di secondo grado, onde consentire a quest'ultimo una compiuta conoscenza delle relative questioni ed alle controparti di contraddire consapevolmente sulle stesse, con la conseguenza che un rinvio agli atti di primo grado, senza alcuna ulteriore precisazione del loro contenuto, si rivela inidoneo ad introdurre nel giudizio d'appello i motivi in tal modo dedotti, trattandosi di formula insufficiente a soddisfare l'onere di espressa riproposizione.

Tale vicenda appare concretizzarsi nella fattispecie in esame, dove le parti si sono limitate ad un sintetico ed insufficiente rinvio ai temi delle censure ritenute assorbite dal T.A.R., senza indicare i contenuti delle doglianze e gli argomenti dedotti, rendendo quindi impossibile l'esame delle loro ragioni.

6. - Gli appelli riuniti vanno quindi accolti. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Dispone la riunione degli appelli n. 4353 del 2007 e n. 4390/2007;

2. Accoglie gli appelli riuniti n. 4353 del 2007 e n. 4390/2007 e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione seconda, n. 3006 del 19 dicembre 2006, respinge il ricorso di primo grado;

3. Condanna Luigia Mistrangioli, Giovanna Mistrangioli, Giuliana Maria Angela Mistrangioli e Giovanni Mistrangioli, in solido tra loro, a rifondere al Comune di Gallarate e a S.T.I.E. s.p.a. le spese del doppio grado di giudizio, che liquida, in favore di ognuna delle parti resistenti e controinteressate costituite, in €. 3.000,00 (euro tremila, comprensivi di spese, diritti di procuratore e onorari di avvocato) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2012, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Anna Leoni, Presidente FF

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Guido Romano, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/09/2012

IL SEGRETARIO

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