

Publicato il 29/10/2024

N. 02947/2024 REG.PROV.COLL.  
N. 00583/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 583 del 2020, proposto da Maria Genovese, Giorgio Pirovano, Alessandro Pirovano, Marco Pirovano, Andrea Pirovano e Immobiliare Rustichello S.r.l., quest'ultima in persona del proprio legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Giovanni Brambilla Pisoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio 'fisico' presso lo studio del difensore in Milano, Via Visconti di Modrone, 6;

*contro*

Comune di Peschiera Borromeo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Sabbioni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio 'fisico' presso lo studio del difensore in Milano, Via San Vincenzo, 12;

Regione Lombardia, in persona del proprio legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

- del Decreto n. 1 del Commissario *ad acta* arch. Vincenzo Fontana di non accoglimento dell'istanza e di non adozione del Piano Attuativo relativo all'Ambito di Trasformazione "ATU5 – Zelofoamagno" in Comune di Peschiera Borromeo;
- di tutti gli atti presupposti, conseguenti e/o comunque connessi ed espressamente *in parte qua* della Deliberazione di Giunta Comunale n. 200 del 25 ottobre 2019 avente ad oggetto "Presenza d'atto della Valutazione delle condizioni di rischio idraulico del Fiume Lambro in Comune di Peschiera Borromeo – ai sensi dell'art. 4 della D.G.R. IX/2616/2011 e della D.G.R. X/6738/2017 e s.m.i. e relativa Valutazione".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Peschiera Borromeo;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatrice all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 17 ottobre 2024 la dott.ssa Katiuscia Papi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. In data 2 febbraio 2017 i ricorrenti presentavano al Comune di Peschiera Borromeo un'istanza ex art. 5 comma 6 L.R. 31/2014 di "Piano Urbanistico Attuativo ai sensi degli artt. 12 e 14 della L.R. n. 12/2005 relativo all'Ambito di Trasformazione ATU5- Zelofoamagno", nel quale ricadevano i terreni di loro proprietà. Il Piano aveva ad oggetto la «Realizzazione di edifici destinati allo svolgimento di attività economiche (commercio, terziario, ristorazione, servizi e usi compatibili) e delle relative opere di urbanizzazione [...]. Realizzazione di parco urbano al servizio del quartiere residenziale [...]».

Nel corso del procedimento, il Comune chiedeva documentazione integrativa, puntualmente prodotta dagli interessati.

2. In seguito, il Comune rimaneva inerte, omettendo l'adozione del provvedimento conclusivo nonostante l'avvenuto decorso del termine di legge; conseguentemente, in data 17 ottobre 2019, previa istanza dei proponenti ai sensi dell'art. 14 comma 9 L.R. 12/2005 e dell'art. 5 comma 7 L.R. 31/2014, il Dirigente della D.G. territorio e protezione civile – Struttura Giuridico per il territorio e VAS della Regione Lombardia, in ossequio all'art. 5 commi 6 e 7 della Legge Regionale n. 31/2014, intimava al Comune di Peschiera Borromeo di assumere il formale provvedimento conclusivo del procedimento relativo all'adozione del piano attuativo.

Stante il protrarsi dell'inerzia comunale, con Deliberazione della Giunta regionale n. 2333 del 28 ottobre 2019 veniva nominato, quale Commissario *ad acta*, l'Arch. Vincenzo Fontana.

3. Il Commissario, con il decreto n. 1 del 17 dicembre 2019, adottava il provvedimento conclusivo del procedimento, stabilendo di non accogliere l'istanza, in ragione della valutazione delle condizioni di rischio idraulico del Fiume Lambro approvata con la Deliberazione della Giunta Comunale n. 200 del 20 ottobre 2019.

In particolare, nel provvedimento del commissario si precisava che: «[...] (-) Il Comune, ai sensi dell'allegato 4 della DGR n. IX/2616/2011 e della D.G.R. X/6738/2017, ha redatto una valutazione delle condizioni di rischio idraulico del Fiume Lambro. Tale valutazione è agli atti comunali del 6.9.2019 prot. 2854, e con la Deliberazione della Giunta Comunale n. 200 del 20 ottobre 2019 si è preso atto della stessa. (-) Dalla valutazione delle condizioni di rischio idraulico del Fiume Lambro di cui al punto sopra si è rilevato che l'ambito individuato con la sigla A dove sono previsti tutti gli interventi edilizi, è stato classificato quasi interamente come classe 3H3 – aree a pericolosità idraulica elevata (fattibilità con consistenti limitazioni), e per la parte residuale come classe 4H4 aree a pericolosità idraulica molto elevata (fattibilità con gravi limitazioni). (-) Relativamente alla classe 3H3 che caratterizza quasi interamente l'ambito A le norme della valutazione delle condizioni di rischio idraulico affermano con carattere di tassatività quanto segue: “Tipo di intervento ammissibile: non sono ammessi nuovi

*interventi edificatori comportanti occupazione di aree attualmente non edificate, ad esclusione di nuove infrastrutture e impianti tecnologici che non prevedano la permanenza di persone al loro interno [...]». Considerato che [...] corrisponde certamente al vero che lo strumento urbanistico ha classificato l'ambito come area di trasformazione in vista di un suo utilizzo edificatorio e che le valutazioni del rischio idraulico di cui ai punti sopra sono successive alla presentazione dell'istanza del piano attuativo, ma tale considerazione non può far venir meno il carattere prevalente delle conclusioni risultanti dalla valutazione delle condizioni di rischio idraulico del Fiume Lambro in argomento, delle quali non si può non tenere debito conto. Ritenuto che il principio di precauzione e prevenzione del rischio, al quale deve ispirarsi la Pubblica Amministrazione nel proprio operato non può essere ritenuto estraneo al presente procedimento. [...] il Commissario ad acta decreta 1. Di non accogliere [...] l'istanza di piano attuativo [...]».*

4. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio i ricorrenti impugnavano il suddetto decreto, chiedendone l'annullamento sulla base degli argomenti di censura di seguito compendati.

4.1. Con il primo e unico motivo di ricorso, rubricato «*Difetto di motivazione e di istruttoria; eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà e travisamento dei presupposti*», i ricorrenti si dolevano della circostanza che il decreto del commissario era motivato unicamente con riferimento alla deliberazione di Giunta comunale n. 200 del 20 ottobre 2019, di presa d'atto della Valutazione delle condizioni di rischio idraulico del Fiume Lambro; tuttavia tale documento non escludeva *in toto* l'edificabilità del comparto di proprietà degli stessi, sottoponendola invece a limitazioni "consistenti" per la classe 3H3 (dove avrebbero dovuto sorgere in massima parte gli interventi edilizi), e "gravi" per la classe 4H4. Rispetto a tali limitazioni, il decreto nulla stabilisce, con conseguente asserito difetto di istruttoria e motivazione. In ogni caso, il provvedimento impugnato sarebbe illegittimo in quanto basato unicamente su un atto (Deliberazione di G.C. n. 200/2019) inesistente al tempo in cui la p.a. avrebbe dovuto tempestivamente provvedere sull'istanza degli odierni ricorrenti. Inoltre, si sostiene ancora nell'atto introduttivo del giudizio, il Piano

attuativo proposto era conforme al PGT vigente al tempo della richiesta dei privati; tale strumento urbanistico era infatti stato approvato in epoca nella quale risultava già vigente il Piano di Assetto del Territorio (PAI approvato con D.P.C.M. del 24 maggio 2001), che aveva già valutato il rischio idraulico presente nelle aree oggetto dell'intervento e ammesso l'edificabilità della zona con misure precauzionali. Peraltro, a ben vedere, il piano sarebbe conforme anche alle valutazioni di rischio contenute nella Deliberazione di Giunta Comunale n. 200/2019, posto che tale ultimo provvedimento non modificava le conclusioni e le previsioni del PAI. In definitiva, i provvedimenti che valutavano il rischio idrico, tanto il PAI, già vigente al tempo dell'istanza dei ricorrenti, quanto la D.G.C. n. 200/2019, sopravvenuta rispetto a tale istanza, non escludevano *in toto* l'edificabilità dell'area di proprietà degli istanti; dunque la reiezione della richiesta presentata, basata in definitiva sul richiamo al generale principio di precauzione e prevenzione del rischio, sarebbe affetta da grave vizio motivazionale.

5. Si costituiva in giudizio l'Amministrazione comunale, instando per la reiezione del ricorso, del quale deduceva l'infondatezza nel merito.

6. All'udienza straordinaria del 17 ottobre 2024 la causa era trattenuta in decisione.

7. Il Collegio prende in esame le censure dedotte con l'atto introduttivo del giudizio, che si appalesano infondate, per le ragioni che di seguito si vanno ad esporre.

7.1. Occorre, in primo luogo, riaffermare il noto principio – di fondamentale importanza ai fini della decisione della presente controversia – del *tempus regit actum*, in virtù del quale il provvedimento amministrativo deve essere adottato tenendo conto della situazione di fatto e di diritto esistente al tempo della sua emissione (non rilevando invece la – *eventualmente diversa* - situazione fattuale e giuridica dell'epoca della presentazione dell'istanza), e ciò anche laddove la p.a. si sia pronunciata tardivamente, rispetto al termine ordinamentale fissato per la conclusione del procedimento.

In tal senso, la posizione della giurisprudenza risulta granitica, oltre che pienamente condivisa da questo Collegio, essendosi affermato che: «Ciascun atto amministrativo deve essere adottato sulla base della situazione di fatto e della disciplina vigente al momento della sua adozione» (Consiglio di Stato, III, 10 maggio 2024 n. 4227); e più nello specifico: «Nei procedimenti amministrativi la corretta applicazione del principio *tempus regit actum* comporta che la pubblica amministrazione deve considerare anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, non potendo considerare l'assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell'atto che vi ha dato avvio. Ne consegue che la legittimità del provvedimento adottato al termine di un procedimento avviato ad istanza di parte deve essere valutata con riferimento alla disciplina vigente al tempo della sua adozione. Tali conclusioni restano ferme anche laddove l'Amministrazione non rispetti il termine finale di conclusione del procedimento, poiché essa conserva comunque il potere di provvedere anche dopo lo spirare di tale termine, sicché le modifiche normative intervenute prima della formale adozione del provvedimento finale debbono essere osservate, proprio in adesione al principio del *tempus regit actum*» (Consiglio di Stato, VII, 4 settembre 2024, n. 7422); e ancora: «Nei procedimenti amministrativi la corretta applicazione del principio *tempus regit actum* comporta che la pubblica amministrazione deve considerare anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, non potendo considerare l'assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell'atto che vi ha dato avvio; ne consegue che la legittimità del provvedimento adottato al termine di un procedimento avviato ad istanza di parte deve essere valutata con riferimento alla disciplina vigente al tempo in cui è stato adottato il provvedimento finale, e non al tempo della presentazione della domanda da parte del privato, dovendo ogni atto del procedimento amministrativo essere regolato dalla legge del tempo in cui è emanato in dipendenza della circostanza che lo *jus superveniens* reca sempre una diversa valutazione degli interessi pubblici; il succitato principio si completa con il presupposto di diritto secondo cui, fintantoché l'amministrazione non ha approvato il provvedimento definitivo, il privato richiedente non è titolare di una situazione sostanziale consolidata meritevole di tutela sotto il profilo del legittimo affidamento, ma di una mera aspettativa» (Consiglio di Stato, IV, 13 settembre 2024 n. 7550).

7.2. Nella fattispecie oggetto della causa decidenda, viene in rilievo il diniego all'istanza di piano attuativo proposta dai ricorrenti, motivato sulla base del recepimento di una valutazione di rischio idrico occorso durante il procedimento, prima dell'adozione del provvedimento finale, e comunque in epoca certamente successiva rispetto alla data di presentazione dell'istanza degli interessati, e anche dell'avvenuta decorrenza del termine a provvedere fissato dall'ordinamento.

Orbene, come ricostruito al precedente punto 7.1, la corretta applicazione del principio *tempus regit actum* impone all'Amministrazione di tenere in considerazione le sopravvenienze di fatto e di diritto intercorrenti tra l'avvio del procedimento e la sua conclusione, dovendosi emettere un provvedimento sempre conforme allo stato fattuale e normativo esistente al tempo della relativa adozione. Ciò, indipendentemente dalla tardività dell'adozione stessa.

Nel caso di specie il Commissario *ad acta*, avendo motivato il diniego sulla base della Deliberazione di G.C. n. 200/2019, intervenuta in epoca successiva all'istanza dei ricorrenti ma antecedente all'adozione (tardiva) dell'atto conclusivo, ha dunque operato correttamente.

7.3. Passando a considerare più specificamente la fattibilità dell'intervento edilizio proposto dai ricorrenti, deve inoltre affermarsi l'eshaustività e piena ragionevolezza della motivazione del provvedimento impugnato, che di certo (e diversamente da quanto sostenuto nell'atto introduttivo del giudizio), non riposa solo sul generale richiamo al principio di precauzione.

Il decreto del commissario dà invero atto espressamente che la maggior parte del piano attuativo oggetto di causa risulta collocata, secondo le valutazioni recepite con D.G.C. n. 200/2019, in zona di rischio idrico H3H (aree a pericolosità idraulica elevata – fattibilità con consistenti limitazioni). In tali aree, come stabilito alla pagina 44 della valutazione di rischio approvata con Deliberazione di G.C. n. 200/2019, non sono possibili nuove costruzioni in aree non ancora edificate (passaggio riportato testualmente alla pagina 7 del decreto del Commissario), ad eccezione di infrastrutture e impianti

tecnologici, che comunque non devono prevedere la presenza di persone al loro interno.

È del tutto evidente che il richiamo a tale disposizione è di per sé sufficiente ad escludere la realizzabilità del piano attuativo, che si collocava in zona 3H3 e aveva ad oggetto la costruzione di immobili destinati ad uso commerciale, e dunque non consistenti in infrastrutture o impianti, oltre che interessati dalla necessaria presenza umana.

Del resto, la residua parte dei terreni sede del progetto ricadeva addirittura in zona 4H4 (pericolosità idraulica molto elevata – parere di edificabilità non favorevole per gravi limitazioni legate al rischio idraulico), per la quale la valutazione di rischio approvata con la Deliberazione n. 200/2019, alla pagina 39, stabiliva il divieto di qualsiasi nuova opera edificatoria, ad eccezione di infrastrutture pubbliche e di interesse pubblico non altrimenti localizzabili, e per gli edifici già esistenti consentiva esclusivamente la demolizione senza ricostruzione, la manutenzione, il restauro e il risanamento conservativo, senza aumento di superficie o volume e senza incremento del carico insediativo.

Con conseguente evidente non realizzabilità dell'intervento proposto dagli odierni ricorrenti, consistente in un'ipotesi di nuova edificazione.

7.4. In virtù delle considerazioni che precedono emerge la piena legittimità dell'operato della P.A., nella persona del Commissario, e la palese inconsistenza delle censure avanzate dai ricorrenti.

8. In conclusione il ricorso, siccome infondato, deve essere respinto.

9. Le spese del giudizio vengono compensate tra le parti, in ragione della peculiarità della fattispecie che ha formato oggetto di causa.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge per le ragioni indicate in motivazione.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2024, tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams ai sensi dell'art. 17 del D.L. 9 giugno 2021, con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Gabriele Nunziata, Consigliere

Katiuscia Papi, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Katiuscia Papi**

**IL PRESIDENTE**

**Orazio Ciliberti**

**IL SEGRETARIO**