

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo dell'Umbria ha pronunciato la seguente

**Sent. n. 191**  
**Depositata il**  
**20 Maggio 2008**

S E N T E N Z A

sul ricorso 375/2007 proposto da:

*BISCONTINI MAURIZIO*

*BIANCONI ENRICO*

*PETRINI CORRADO*

rappresentati e difesi da:

*TOCCHIO VALERIA*

con domicilio eletto in PERUGIA

*VIA MARIO ANGELONI, 80/A*

*presso*

*TOCCHIO VALERIA*

contro

*COMUNE DI GUALDO TADINO*

rappresentato e difeso da:

*MATTEUCCI LUIGINA*

*con domicilio eletto in PERUGIA*

*PIAZZA ITALIA, 11*

*presso MINCIARONI MASSIMO*

*COMUNITA' MONTANA DELL'ALTO CHIASCIO*

rappresentata e difesa da:

*ROSSI PAOLO*

*con domicilio eletto in PERUGIA*

*VIA DOTTORI, 85*

*presso la sua sede*

*e nei confronti di*

*IDREA S.R.L.*

rappresentata e difesa da:

*MIGLIORINI GIULIA*

*GOBBI MASSIMILIANO*

*con domicilio eletto in PERUGIA  
CORSO VANNUCCI N. 30  
presso*

**MIGLIORINI GIULIA**

per l'annullamento

del permesso di costruire n. 169 del 19 luglio 2007, rilasciato dal Responsabile dello Sportello Unico dell'edilizia del Comune Direttore della Gestione del territorio, Geom. Pierluigi Coldagelli di Gualdo Tadino nella parte in cui tale autorizzazione viene rilasciata anche in ordine ai terreni corrispondenti ai tratti della strada podereale dei quali i ricorrenti risultano frontisti e confinanti;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o collegato e/o conseguente ivi compreso:

- autorizzazione ai fini paesaggistici n. 10 del 2 luglio 2007-11-27-  
autorizzazione ai fini idrogeologici n. 0097-GIU.07-GT. – prot. 6044 del 25 giugno 2007 a firma del Dirigente della Comunità Montana dell'”Alto Chiascio”

- parere della Commissione edilizia comunale in data 16 marzo 2005 richiamato dal permesso di costruire e dall'autorizzazione paesaggistica

- parere della Commissione edilizia comunale in data 28 giugno 2007 richiamato dal permesso di costruire

- deliberazione n. 63 del 6 agosto 2004, conosciuta in data 29 ottobre 2007 con la quale il Consiglio comunale ha provveduto a costituire la Commissione Edilizia.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

*COMUNE DI GUALDO TADINO*  
*COMUNITA' MONTANA DELL'ALTO CHIASCIO*  
*IDREA S.R.L.*

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 20 febbraio 2008, la relazione del cons. Pierfrancesco Ungari e udite le parti come da verbale.

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto:

**FATTO E DIRITTO**

1. Ai piedi dell'Appennino, alle falde del Monte Penna, nel territorio del Comune di Gualdo Tadino al confine con quello del Comune di Nocera Umbra, si trova un' antica sorgente denominata "Sorgente Boschetto".

La sorgente alimenta un corso d'acqua denominato "Rio Fergia", tributario principale del torrente Caldognola, che a sua volta assicura buona parte della portata al fiume Topino.

In epoca recente, la sorgente è stata utilizzata a fini idropotabili da entrambi i Comuni, sulla base di un Protocollo d'Intesa siglato in data 15 febbraio 1993, con la partecipazione anche del "Comitato per la difesa del Rio Fergia" costituito tra gli abitanti della zona.

2. Una recente iniziativa di sfruttamento di acque minerali collegate alla sorgente ha determinato un fitto contenzioso.

Come più diffusamente esposto in prosieguo, la controversia in esame concerne i provvedimenti con cui il Comune di Gualdo Tadino

ha assentito la realizzazione delle opere necessarie per lo sfruttamento delle acque minerali, ed è stata instaurata da alcuni proprietari dei terreni interessati da tale realizzazione.

**2.1.** Con deliberazione della G.R. n. 1654 in data 27 settembre 2006 e la determinazione dirigenziale n. 4860 in data 25 maggio 2007, la Regione ha rilasciato alla Idrea S.r.l. una concessione per lo sfruttamento di acqua minerale, mediante l'utilizzazione del "Pozzo Corcia" o "Pozzo Idrea" (scavato dalla consorella Rocchetta S.p.a., in base al permesso di ricerca di cui alla determinazione n. 1900 in data marzo 2003).

La concessione interessa una superficie di 290 ha (la "Zona di rispetto allargata" riguarda oltre 350 ha), una durata di 30 anni e prevede il prelievo di una quantità massima di 7 l/s nei mesi di agosto, settembre ed ottobre, e di 12 l/s nei restanti mesi.

**2.2.** Su tale base, è stato attivato il procedimento volto ad ottenere i titoli edilizi necessari per la realizzazione delle opere.

Con la deliberazione della G.M. di Gualdo Tadino n. 230 in data 18 luglio 2007, ha autorizzato "ai soli fini patrimoniali" Rocchetta a realizzare: a) una condotta idrica, di 4 km, dal Pozzo Corcia fino ai serbatoi di accumulo presso lo stabilimento di imbottigliamento, interrata (insieme alle canalizzazioni della rete di alimentazione e telecontrollo) al margine di alcune strade vicinali o poderali; b) il vano di protezione del Pozzo, ubicato su terreno demaniale, delle dimensioni di m 6,0 x 3 x 2,60 di altezza interna.

Per dette opere sono stati rilasciati, a favore di Rocchetta, l'autorizzazione paesaggistica n. 10 in data 2 luglio 2007,

l'autorizzazione della Comunità Montana dell'Alto Chiascio a fini idrogeologici prot. 6044 in data 25 giugno 2007, nonché, a favore di Idrea, il permesso di costruire n. 169 in data 19 luglio 2007.

**3.** Detti provvedimenti (unitamente alla deliberazione n. 63 in data 6 agosto 2004, di ricostituzione della commissione edilizia comunale, ed ai pareri da essa espressi in data 16 marzo 2005 e 28 giugno 2007) vengono impugnati da alcuni proprietari di terreni ubicati lungo una strada poderale (toponomasticamente non nominata) compresa nel tracciato della condotta (nonché, nel caso della proprietà del ricorrente Bianconi, anche lungo una delle strade vicinali comprese nel tracciato stesso).

Vengono dedotte le censure appresso sintetizzate.

**3.1.** Non sussisteva la disponibilità dell'area richiesta, ai fini del rilascio del permesso di costruire, dall'articolo 11, comma , del d.P.R. 380/2001.

Infatti, l'istanza è stata presentata al Comune in data 31 gennaio 2005 da Rocchetta S.p.a., senza acquisire alcun'autorizzazione o consenso da parte dei ricorrenti, nonostante le opere vadano ad incidere sulla loro proprietà.

L'unico titolo che Rocchetta avrebbe potuto vantare, in quel momento, era il permesso di ricerca assentito con la determinazione n. 1900/2003, che però non abilitava in alcun modo alla realizzazione della condotta contestata, peraltro ricadente al di fuori del perimetro del permesso stesso.

Semmai, il Pozzo Corcia, realizzato in funzione del permesso di ricerca, avrebbe dovuto essere allora (e non oggi, a mezzo del

permesso di costruire relativo al vano di protezione) già stato oggetto di concessione edilizia.

Inoltre, il procedimento è stato attivato da Rocchetta S.p.a., la quale (soltanto il giorno precedente al rilascio del permesso di costruire) ha chiesto ed ottenuto che il rilascio del permesso di costruire avvenisse in favore di Idrea S.r.l., senza che quest'ultima abbia presentato al Comune di Valfabbrica alcuna istanza. Ma Rocchetta, non essendo titolare del permesso di costruire, non poteva trasferirlo ad altro soggetto.

Anche ipotizzando che la concessione per lo sfruttamento delle acque minerali assentita ad Idrea con deliberazione della G.R. 1654 in data 27 settembre 2006 possa costituire idoneo titolo di legittimazione (al subentro o alla voltura), essa è intervenuta dopo la presentazione della domanda di permesso di costruire, e concerne aree differenti da quelle interessate alla condotta.

**3.2.** Le strade che la condotta andrebbe ad occupare, ed in particolare la strada poderale suddetta, non sono di proprietà pubblica posto che il sedime delle strade vicinali, ancorché gravate da uso pubblico, appartiene ai proprietari frontisti.

I proprietari ricorrenti non hanno mai autorizzato le opere, e tuttavia l'autorizzazione dei frontisti era prescritta come condizione per il rilascio del nulla osta del Servizio Ambiente e manutenzione (cfr. nota prot. 119693 in data 17 luglio 2007).

Né è intervenuto alcun atto che abbia trasferito il diritto al Comune o asservito all'interesse pubblico dette strade.

**3.3.** La realizzazione del vano di protezione del pozzo verrà invece realizzato su area di proprietà comunale, ma sottoposta ad usi civici (cfr. tav. 3.11 del P.R.G. vigente).

Pertanto, il Comune, prima di concederne la disponibilità a Rocchetta o a Idrea, avrebbe dovuto valutare la possibilità di modificare la destinazione d'uso, sulla base della normativa che disciplina gli usi civici.

**3.4.** Non si è tenuto conto del sopravvenuto P.R.G., approvato (con deliberazione del C.C. n. 63 in data 4 agosto 2006, vale a dire) dopo la presentazione dell'istanza, ma prima del rilascio del titolo.

Ciò avrebbe richiesto una nuova istruttoria.

Infatti, laddove in precedenza l'area interessata dal vano di protezione era classificata "Zona E destinata all'agricoltura", con soli limiti di destinazione e volumetria, oggi, essendo gravata da usi civici, per espressa previsione del P.R.G. sopravvenuto (articolo 2.1.8. delle N.T.A.) è soggetta alla disciplina dettate per le "Zone E 4 – zone boscate" dall'articolo 5.1.8. delle N.T.A., secondo la quale sono da evitare "la realizzazione di nuovi interventi edilizi" e "le opere di scasso dei terreni e quelli di movimento terra che alterino in modo irreversibile la morfologia dei suoli e del paesaggio".

**3.5.** La Commissione edilizia che si è espressa nelle sedute del 16 marzo 2005 e 28 giugno 2007, è illegittimamente composta, in quanto di essa, in base alla deliberazione consiliare n. 63/2004, fanno parte componenti di estrazione politica.

Tale presenza, infatti, comporta violazione dell'articolo 4, commi 4 e 4 bis, della l.r. 1/2004 e dell'articolo 107 del T.U.E.L., nonché del

principio di separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo ed attività di gestione degli organi amministrativi.

La conseguente illegittimità dei predetti pareri comporta in via derivata quella del permesso di costruire

**3.6.** L'autorizzazione paesaggistica n. 10/2007 è priva di motivazione.

Infatti, il provvedimento richiama il parere della Commissione edilizia in data 16 marzo 2005, ma detto parere riguarda espressamente l'approvazione del progetto "ai soli fini idrogeologici".

Ne discende anche l'invalidità del permesso di costruire, che resta privo di un presupposto fondamentale.

**3.7.** L'autorizzazione della Comunità Montana prot. 6044/2007 è altresì viziata, in quanto non è stato considerato che l'area interessata è classificata "area instabile" dal P.R.G. (articoli 2.2.18 delle N.T.A.), non si è tenuto conto del rischio di smottamenti a valle delle strade interessate, e non sono stati valutati gli aspetti connessi all'escavazione del pozzo ed alla realizzazione del vano, con i relativi scavi e reinterri.

In sintesi, le soluzioni tecniche proposte da Idrea non scongiurano il verificarsi del pericolo di danno per perdita di stabilità, erosione, denudazione o turbamento del regime delle acque, come invece prescritto, ai fini dell'autorizzazione, dall'articolo 6 della l.r. 28/2001.

Anche in questo caso, ne discende anche l'invalidità del permesso di costruire.

4. Si sono costituiti in giudizio e controdeducono puntualmente il Comune di Gualdo Tadino, la Comunità Montana dell'Alto Chiascio e la controinteressata Idrea S.r.l..

5. Vanno anzitutto disattese le eccezioni pregiudiziali sollevate dalle parti resistenti.

Evidentemente infondata è l'eccezione di tardività dedotta dalla Comunità Montana, che fa decorrere il termine di decadenza dalla data di adozione del provvedimento impugnato e considerando il periodo di sospensione feriale.

Quanto al difetto di legittimazione e di interesse, dedotto da tutte le parti resistenti, non è controverso che i ricorrenti siano titolari di terreni prospicienti un tratto di strada vicinale interessata dal passaggio della condotta di adduzione dell'acqua minerale. Tale circostanza appare sufficiente a legittimarli all'impugnazione.

D'altra parte, il fatto di partecipare, quali cittadini (o anche residenti) interessati alla salvaguardia del territorio e delle risorse idriche, al Comitato di difesa del Rio Fergia (presentatore di un autonomo ricorso contro gli stessi provvedimenti) non preclude loro un'impugnazione autonoma, a difesa della proprietà - e dunque di una posizione soggettiva specifica e qualificata, che darebbe di per sé legittimazione a ricorrere quand'anche non fosse sufficiente a darla (in ipotesi) l'appartenenza al Comitato.

Non è ravvisabile nemmeno il difetto di giurisdizione, eccetto dal Comune di Gualdo Tadino sul presupposto che la controversia sarebbe configurabile come *actio negatoria servitutis* (articolo 949 c.c.). Al riguardo è sufficiente sottolineare che la pretesa dei ricorrenti non è

quella di accertare l'inesistenza della servitù di uso pubblico (inesistenza che, peraltro, non viene prospettata come necessario presupposto delle censure sollevate), bensì quella di eliminare un provvedimento che di fatto imporrebbe loro, quali proprietari frontisti, una nuova servitù a fini diversi dal pubblico transito.

**6.** Nel merito il ricorso è fondato, per le ragioni appresso esposte.

**6.1.** Deve anzitutto ritenersi che la società controinteressata non avesse la disponibilità delle aree nelle quali deve essere collocata la condotta di adduzione interrata.

Sono quindi fondati i relativi profili di censura, suindicati sub 3.1. e 3.2..

Va precisato fin d'ora che la fondatezza della censura non investe la parte dei provvedimenti impugnati concernente il pozzo ed il vano di protezione.

**6.1.1.** Ai sensi dell'articolo 11, comma 1, del d.P.R. 380/2001, legittimato al rilascio del permesso di costruire è il proprietario "o chi abbia titolo per richiederlo".

La previsione viene interpretata con larghezza dalla giurisprudenza, tenuto conto del fatto che, in ogni caso, il titolo edilizio si intende rilasciato "senza pregiudizio dei diritti dei terzi" (vale a dire, a prescindere dal fatto che una simile formula sia stata o meno inserita nel provvedimento, quest'ultimo non può spiegare effetti a danno dei diritti vantati dai terzi riguardo all'immobile).

Si ritiene pertanto sufficiente che l'aspirante ad ottenere il titolo edilizio possa vantare una situazione giuridica soggettiva comportante

in qualche misura facoltà di disposizione o di godimento sull'area o sul manufatto oggetto dell'intervento.

Tuttavia, nel caso in esame, un simile titolo abilitante ad ottenere il permesso di costruire non c'è.

Infatti, la concessione regionale di sfruttamento delle acque minerali ottenuta dalla società Idrea, alla cui attuazione è finalizzata la realizzazione delle opere oggetto del permesso di costruire, non conferisce al titolare alcun potere dispositivo o di godimento in ordine ai terreni interessati.

**6.1.2.** La circostanza che le opere “necessarie per la protezione igienico-sanitaria ed idrologica del giacimento, per la captazione, la conduzione, l'adduzione ed il contenimento delle acque minerali e termali, per l'utilizzazione industriale e termale per la produzione e la trasmissione dell'energia elettrica ed in genere per la coltivazione e la sicurezza dell'attività estrattiva” da realizzarsi entro il perimetro di concessione, siano qualificate dall'articolo 17 della l.r. 48/1987 come “opere di pubblica utilità”, costituisce il presupposto affinché possano essere esperite le procedure ablatorie, ma non può certo valere, per sé sola, ad affievolire i diritti dei proprietari conferendo parte delle relative facoltà al titolare della concessione di sfruttamento.

Né un simile conferimento di facoltà dominicali, utile ad integrare il collegamento minimo tra il richiedente il titolo edilizio ed i terreni interessati, rientrava tra i poteri del Comune.

Per l'utilizzazione dell'area in cui è ubicato il vano di protezione, essendo di proprietà comunale, *nulla quaestio*.

Invece, per l'interramento della condotta di adduzione, le parti resistenti sostengono che dall'uso pubblico delle strade vicinali discenda la legittimazione del Comune di Gualdo Tadino a disporre (del sottosuolo) delle strade stesse.

La tesi non è condivisibile.

Le strade vicinali (o locali, secondo la classificazione funzionale introdotta dal Codice della Strada) restano di proprietà privata anche se sottoposte all'uso pubblico (cfr. Cass., I, 10 settembre 2003, n. 13217; Cons. Stato, V, 6 giugno 2002, n. 3173; TAR Marche, 11 maggio 2005, n. 594), e la ragione della loro assimilazione alle strade comunali, disposta dall'articolo 2, comma 6, lettera D), del d.lgs. 285/1992 – Codice della Strada -, con conseguente applicazione delle disposizioni in materia di circolazione previste dallo stesso Codice per le strade pubbliche, dipende dall'esistenza di tale uso di pubblico transito.

In ciò si esaurisce l'estensione del regime pubblicistico.

In forza di detta assimilazione, ai sensi dell'articolo 14, comma 4, spettano al Comune i poteri riconosciuti dal Codice all'ente proprietario delle strade pubbliche ai fini di assicurare la sicurezza e fluidità della circolazione; vale a dire (articolo 14, comma 1): la manutenzione, gestione e polizia delle strade, il controllo tecnico dell'efficienza della strada, l'apposizione e la manutenzione della segnaletica.

Detti poteri si aggiungono a quelli specificamente previsti (dagli articoli 378 della legge 2248/1865, allegato F, e 15 del d.l.igt.

1446/1918) in materia di autotutela possessoria, ai fini del ripristino del pubblico transito.

In questa prospettiva vanno considerati i poteri dell'ente proprietario di rilasciare le autorizzazioni e concessioni previste dal Codice (articolo 14, comma 2); vale a dire, quello di autorizzare l'occupazione della sede stradale (articolo 20 del C.d.S.) e quello di concedere attraversamenti ed uso della sede stradale (articolo 25 del C.d.S.); sono poteri che hanno come obbiettivo, e nel contempo come limite intrinseco, l'interesse pubblico alla sicurezza e fluidità della circolazione, tanto che vengono esercitati, rispettivamente, “a condizione che venga predisposto un itinerario alternativo per il traffico ovvero, nelle zone di rilevanza storico-ambientale, a condizione che essa non determini intralcio alla circolazione” (articolo 20, comma 1) e prevedendo che “Le opere di cui sopra devono, per quanto possibile, essere realizzate in modo tale che il loro uso e la loro manutenzione non intralci la circolazione dei veicoli sulle strade, garantendo l'accessibilità dalle fasce di pertinenza della strada” (articolo 25, comma 1)..

I poteri spettanti al Comune per le strade vicinali di uso pubblico non sono dunque gli stessi che potrebbe esercitare nei confronti di un suolo demaniale.

Il Comune non diviene proprietario delle strade vicinali, bensì esercita i poteri in materia di sicurezza e fluidità della circolazione, che il Codice (nel caso delle strade pubbliche) prevede spettino all'ente proprietario, ma soltanto quelli.

Fuori dei poteri specificamente considerati, che sono orientati a garantire il pubblico transito, non sussiste il potere di disporre (mediante autorizzazioni o concessioni di sorta) del sedime e del sottosuolo. In altre parole, demaniale non è la strada, ma il diritto di servitù attiva, nei limiti del suo contenuto (che è “parziale” per definizione).

In questo senso va inteso quanto affermato dal Tribunale (a proposito dell’esercizio da parte del Comune dei poteri di autotutela volta al ripristino della transitabilità di una strada vicinale di uso pubblico - cfr. sent. 21 settembre 2004, n. 545, invocata dalla difesa del Comune di Gualdo Tadino) circa il fatto che “il diritto che nasce da una servitù di uso pubblico è soggetto al regime demaniale”.

Ora, appare evidente che la realizzazione delle opere di adduzione delle acque minerali non ha nulla a che vedere con il pubblico transito.

Né può farsi applicazione dell’articolo 26, comma 4, che consente l’autorizzazione per “l’impianto su strade e sulle relative pertinenze di linee ferroviarie, tramviarie, di speciali tubazioni o altre condotte comunque destinate a servizio pubblico”, posto che non si è in presenza di un servizio pubblico, e che comunque, in tal caso, l’autorizzazione spetterebbe all’amministrazione statale.

Perciò, la potestà del Comune prevista dal Codice della Strada non riguarda in alcun modo la realizzazione delle opere in questione, e deve quindi arrestarsi di fronte alla facoltà di disporre del sottosuolo, ad ogni fine diverso dalla circolazione, spettante ai proprietari frontisti cui appartiene la proprietà del sedime stradale.

Ed infatti, nella deliberazione n. 230/2007, il Servizio Ambiente e Manutenzione ha rilasciato il proprio nulla osta, subordinandolo ad alcune prescrizioni, tra cui, per quanto qui interessa, l' "autorizzazione dei proprietari frontisti".

Ciò non significa, evidentemente, che l'utilizzazione del sottosuolo delle strade non possa realizzarsi contro la volontà dei proprietari; ma soltanto che, a tal fine, come sopra ricordato, devono essere attivate le procedure espropriative.

**6.1.3.** Effettivamente, il procedimento edilizio è stato attivato da altro soggetto, vale a dire dalla società Rocchetta, la quale solo al termine del procedimento ha chiesto al Comune che il provvedimento venisse rilasciato a favore della società "sorella" Idrea.

Il subentro nella titolarità (dell'interesse all'ottenimento) del provvedimento favorevole può considerarsi manifestazione delle strategie e sinergie aziendali normalmente poste in essere dai soggetti facenti parte di un gruppo economico, e non potrebbe di per sé inficiare il provvedimento. Ciò che conta è che, al momento della richiesta, e ancora di più al momento del rilascio del provvedimento, il soggetto in rapporto con l'amministrazione avesse, nei termini sopra indicati, la disponibilità del bene.

Ma, come già esposto, Idrea non aveva tale disponibilità (e Rocchetta nemmeno, potendo vantare soltanto il pregresso permesso di ricerca, inidoneo a conferire alcuna facoltà al di fuori del sito, di proprietà comunale, individuato per lo scavo del pozzo).

**6.2.** Occorre ora esaminare la censura incentrata sulla necessità dell'autorizzazione della regione, ai sensi dell'articolo 12 della legge

1766/1927, per la realizzazione del pozzo e del vano di protezione, in quanto comportante mutamento della destinazione d'uso di terreno gravato da usi civici.

Il Comune sottolinea che le opere da realizzare sull'area demaniale, rientrando nella categoria delle infrastrutture tecnologiche (e non in quella delle nuove costruzioni) non determinano alcun cambio di destinazione d'uso della zona.

Il Collegio osserva come la realizzazione del pozzo vada in effetti considerata come contenuto implicito del permesso di costruire n. 169/2007, posto che non risulta essere stata legittimata sotto il profilo urbanistico-edilizio da alcun titolo precedente; infatti, sia supponendo che attualmente esista soltanto un "perforo di ricerca", come sostiene la difesa del Comune, sia supponendo che sia stata realizzato un vero e proprio "pozzo", sembra certo che la realizzazione ed il mantenimento del manufatto richiedano un titolo edilizio.

Dalla realizzazione del pozzo e del vano di protezione discende nei fatti l'impossibilità di esercitare pascolo e legnatico nell'area destinata ad essere trasformata ed occupata dalle opere.

Il fatto che il pozzo sia stato realizzato precedentemente all'entrata in vigore della l.r. 1/2004, allorché era in vigore (soltanto) l'articolo 6 del d.P.R. 380/2001, che considera tra gli interventi che possono essere eseguiti senza titolo abilitativi "le opere temporanee per attività di ricerca nel sottosuolo che abbiano carattere geognostico o siano eseguite in aree esterne al centro edificato" (mentre l'articolo 35 della l.r. 48/1987, prevede la necessità del titolo edilizio soltanto per la realizzazione dei manufatti in attuazione del Programma dei lavori di

ricerca) non risolve la questione. Infatti, a seguito della concessione di sfruttamento, il pozzo di ricerca diviene pozzo di emungimento della falda, cioè da opera temporanea di ricerca diviene opera definitiva di estrazione, e come tale abbisogna comunque di titolo edilizio.

Per quanto l'area occupata dal manufatto sia di dimensioni ridotte, in via di principio non può escludersi la necessità dell'autorizzazione regionale.

Si tratta di un provvedimento tipico, dettato dalla cura di un interesse pubblico specifico, quello connesso al mantenimento dei diritti civici, che pertanto non può ritenersi implicito nei provvedimenti regionali che hanno concesso lo sfruttamento dell'acqua minerale.

Tuttavia, va considerato che da detti ultimi provvedimenti discende la ricomprensione dell'area del pozzo nella Zona di tutela assoluta, nella quale, essendo "vietata qualsiasi attività ad esclusione di quelle dirette alla tutela e all'utilizzo del giacimento idrominerali" (determinazione n. 4860/2007), non è possibile esercitare diritti di pascolo e legnatico.

Per cui, occorre concludere che la censura, in quanto volta a tutelare un interesse già pregiudicato da altro provvedimento, non gravato dai ricorrenti, risulta inammissibile.

**6.3.** Quanto all'insufficienza dell'istruttoria, in generale va rimarcato che, secondo le precisazioni del Comune di Gualdo Tadino, lo stesso funzionario ricopre l'incarico di responsabile del procedimento degli atti dell'Ufficio Urbanistica, di responsabile dello

Sportello Unico dell'Edilizia, nonché di Direttore della Gestione del Territorio.

Può presumersi che il provvedimento finale, rilasciato “Visti gli strumenti urbanistici vigenti” e “Visto il parere istruttorio dell'Ufficio”, sottenda una valutazione aggiornata dei parametri urbanistici.

Salvo verificare in concreto il loro rispetto.

**6.4.** Per quanto riguarda tale ultimo ordine di censure, non sembra possano riscontrarsi i lamentati profili di non conformità allo strumento urbanistico.

In base a quanto desumibile dalla documentazione versata in atti, il terreno sul quale è prevista la realizzazione del vano di protezione è ricompreso dal P.R.G., sia nelle “aree boscate”, sia nelle “aree sottoposte ad usi civici”; è altresì classificata, nell'ambito dell' “Assetto delle macroaree e spazio rurale”, come “Zona agricola E4 – Aree boscate”; è ricompreso nell'ambito delle “Zone di elevata diversità floristico-vegetazionale” – sottoclasse 4.a.; è infine individuata tra le “Aree instabili” – “Frane Segnalate dal PAI – Accumuli di frana inattiva”.

Ne discende l'applicabilità, almeno potenziale, degli articoli 5.1.8., 2.2.8., 2.2.18. Ora, al riguardo, può osservarsi che :

- stante la natura dell'opera, non si applica il divieto di “nuove costruzioni” e di “nuovi interventi edilizi”, sancito dall'articolo 5.1.8.; comma 1, lettera e), nonché comma 2, lettera e); né il vano di protezione può ritenersi inibito dalla previsione secondo la quale “gli interventi consentiti sono quelli necessari per la tutela e la

conservazione del bosco”, posto che si tratta di “infrastrutture tecnologiche a rete o puntuali” di “rilevante interesse pubblico” (giòva ricordare che l’articolo 17 della l.r. 48/1987 considera “di pubblica utilità” le opere strumentali alla concessione di sfruttamento dell’acqua minerale), come tali legittimate dallo stesso articolo 5.1.8. delle N.T.A. (al quale rimandano gli articoli 2.1.7. e 2.1.8.) nonché dall’articolo 33 della l.r. 11/2005.

- parimenti, per le dimensioni e caratteristiche realizzative del vano di protezione, non sembra applicabile la previsione dell’articolo 5.1.8., comma 2, lettera c), che richiede di evitare “le opere di scasso dei terreni e quelli di movimento terra che alterino in modo irreversibile la morfologia dei suoli e del paesaggio”.

- ancora, alla luce della situazione dello spazio nel quale sorgerebbe il vano di protezione (come documentata dalle fotografie versate in atti), non sembra che la realizzazione violi il divieto di distruzione e danneggiamento di specie arboree dettato dall’articolo 2.2.8.; in particolare, l’abbattimento di alberi (carpino, roverella, ricomprse nell’allegato “U” al regolamento regionale 7/2002).

- quanto alla violazione dell’articolo 2.2.18., che, per l’esecuzione di pozzi e per l’emungimento di falde acquifere, prevede sia “necessario verificare la compatibilità dello stesso con l’acquifero”, il Collegio ha difficoltà a comprendere quali profili di valutazione della compatibilità territoriale della realizzazione del pozzo e dell’emungimento possano residuare, una volta effettuate le valutazioni di “compatibilità ambientale” (*lato sensu* intesa) che la l.r. 48/1987 attribuisce alla Regione ai fini del rilascio della concessione

di sfruttamento (da effettuare, per quel che qui interessa, alla luce dei “criteri di valutazione” fissati dalla direttiva di cui alla deliberazione della G.R. n. 6306 in data 25 novembre 1998), da un lato; e quelle finalizzate al rilascio dell’autorizzazione idrogeologica, da parte della Comunità Montana, dall’altro. La circostanza che la valutazione di compatibilità con l’acquifero sia specificamente richiesta da una previsione diversa (quella di P.R.G.), e venga demandata ad un soggetto diverso (il Comune), non toglie che appaia ricompresa in quelle già previste da altre disposizioni ed affidate ad amministrazioni con specifica competenza settoriale, concretamente effettuate nel caso in esame.

**6.5.** In ordine alle questioni concernenti la composizione della commissione edilizia, può osservarsi quanto segue.

Le parti resistenti hanno eccepito l’irricevibilità dei motivi aggiunti, in quanto viene gravata tardivamente una deliberazione, atto a pubblicazione necessaria, ormai inoppugnabile.

Il Collegio non ritiene di aderire a tale eccezione.

Infatti, il provvedimento costitutivo dell’organo amministrativo, al pari delle disposizioni di natura regolamentare soggette a pubblicazione, può ben essere impugnato allorché, in occasione dell’adozione di un provvedimento applicativo, l’atto presupposto mostri una concreta ed attuale portata lesiva.

Ciò che i ricorrenti hanno tempestivamente fatto con il ricorso introduttivo, pur riservandosi di approfondire le censure una volta conosciuti gli estremi e il contenuto specifico (sotto il profilo delle

generalità e dei *curricula* dei commissari) del provvedimento presupposto impugnato.

Nel merito, il Comune sottolinea che, subito dopo l'approvazione della deliberazione n. 63/2004, ha provveduto a informare gli ordini e collegi professionali sulla circostanza che, nelle more dell'approvazione della variante al regolamento edilizio comunale riguardante l'istituzione della commissione per la qualità architettonica e il paesaggio, avrebbe continuato ad espletare le sue funzioni la commissione edilizia comunale; ciò (come risulta dalle stesse premesse della deliberazione n. 63/2004) al fine di evitare interruzioni della attività istruttorie in merito alle istanze edilizie, in considerazione anche della situazione di emergenza legata alla ricostruzione post-terremoto.

Le parti resistenti sostengono che tale condotta è conforme a quanto disposto dall'articolo 48, comma 6, della l.r. 1/2004.

**6.5.1.** Il Collegio osserva che costituisce ormai principio generale dell'ordinamento giuridico quello della separazione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, proprie degli organi politici rappresentativi, e le funzioni di gestione, affidate ai dirigenti (o ai funzionari responsabili dei vari servizi).

Nell'organizzazione degli enti locali, il principio è sancito dall'articolo 6 della legge 127/1997, che ha sostituito l'articolo 51, comma 1, della legge 142/1990, riprodotto nell'articolo 107 del d.lgs. 267/2000).

Ed è evidente che il principio deve essere applicato all'organo tecnico di supporto dei poteri provvedimentali relativi all'utilizzazione

del territorio (urbanistica ed edilizia - governo del territorio – tutela dei beni culturali e del paesaggio), vale a dire alla commissione edilizia comunale ed agli organi che, dopo che l'articolo 4, comma 2, del d.P.R. 380/2001 ne ha reso facoltativa l'istituzione, ne hanno ereditato, in una più ampia prospettiva operativa, le funzioni (cfr. TAR Veneto, II, 20 ottobre 2006, n. 3528 e 26 aprile 2006, n. 1120; TAR Piemonte, I, 23 marzo 2005, n. 657).

**6.5.2.** Anche la legislazione regionale dell'Umbria ha tenuto conto di detto principio, allorché ha disciplinato la “trasformazione” della commissione edilizia comunale, recependo le indicazioni che andavano all'epoca maturando in attuazione della delega di cui all'articolo 10 della legge 137/2002, in materia di riordino della disciplina sui beni culturali e sul paesaggio (di lì a poco formalizzate nel d.lgs. 42/2004, prima formulazione del Codice dei beni culturali e del paesaggio – cfr. part. articolo 148).

L'articolo 4 della l.r. 1/2004, prevede che *“I comuni istituiscono la commissione per la qualità architettonica e il paesaggio, quale organo consultivo cui spetta l'emanazione di pareri, ai fini del rilascio dei provvedimenti comunali in materia di beni paesaggistici e di interventi in edifici e aree aventi interesse storico, architettonico e culturale, individuati come tali dalle relative normative e dagli strumenti urbanistici generali o attuativi, nonché dal piano urbanistico territoriale (PUT) e dal piano territoriale di coordinamento provinciale (PTCP)”* (comma 1) e che *“Il comune, con il regolamento edilizio comunale, tenendo anche conto della eventuale partecipazione dei rappresentanti degli ordini e dei collegi*

*professionali, definisce la composizione, le modalità di nomina e le ulteriori competenze della commissione, oltre a quelle di cui ai commi 1 e 2, nell'osservanza dei seguenti criteri: a) la commissione costituisce organo [di norma – parole poi eliminate dal testo ad opera dell'articolo 37 della l.r. 21/2004] a carattere tecnico, i cui componenti devono possedere un'elevata competenza e specializzazione, al fine di perseguire l'obiettivo fondamentale della qualità architettonica e urbanistica negli interventi; b) della commissione debbono obbligatoriamente fare parte almeno due esperti in materia di beni ambientali e architettonici, scelti nell'apposito elenco regionale costituito dalla Giunta regionale ai sensi dell'articolo 12, comma 1 lett. c); c) della commissione deve obbligatoriamente far parte un geologo, ai fini del parere di cui all'articolo 42, nonché dei pareri in materia idrogeologica e idraulica disciplinati dall'articolo 16 della legge regionale 8 giugno 1984, n. 29 e dalla legge regionale 21 ottobre 1997, n. 31; d) i pareri sono espressi limitatamente agli aspetti compositivi e architettonici degli interventi e al loro inserimento nel contesto urbano, rurale, paesaggisticoambientale, nonché per gli aspetti di cui alla lettera c)'' (comma 4).*

L'articolo 4 bis, inserito dall'articolo 49 della l.r. 11/2005, aggiunge che *“il regolamento comunale può prevedere che la Commissione ... sia presieduta dal Sindaco o suo delegato, senza diritto di voto”*. - verificare

La disposizione transitoria dell'articolo 48, comma 6, prevede che *“I comuni istituiscono e rendono operante la commissione comunale*

*per la qualità architettonica e il paesaggio entro novanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge. Fino alla data di operatività della commissione le funzioni di cui all'articolo 4, sono attribuite alle attuali commissioni edilizie”.*

**6.5.3.** La commissione edilizia comunale di Gualdo Tadino, in base alla deliberazione n. 63/2004, risulta composta da cinque membri di estrazione politica: il sindaco, due assessori e due consiglieri comunali (uno per la maggioranza ed uno per l'opposizione); e da cinque membri “tecnici”: il responsabile dell'ufficio urbanistica, un ingegnere, un geometra ed un geologo, scelti tra le terna di nomi proposte dai rispettivi ordini professionali, due esperti in materia di beni storico-artistici e ambientali nominati dal consiglio comunale (con i relativi supplenti) ed un esperto in materia di beni storico-artistici ed ambientali scelto nell'apposito elenco regionale (con il relativo supplente).

Ciò precisato, può discutersi di quali siano gli effetti del decorso infruttuoso del termine di novanta giorni previsto per l'adeguamento della disciplina e la ricostituzione dell'organo comunale.

E' certo però che, nel momento in cui il Comune di Gualdo Tadino ha provveduto, con la deliberazione 6 agosto 2004, n. 63, alla ricostituzione della commissione edilizia comunale, avrebbe dovuto applicare la disciplina vigente.

La l.r. 1/2004, pubblicata sul B.U.R. 25 febbraio 2004, n. 8, era entrata in vigore da tempo, ed al momento di adozione della deliberazione predetta era anche decorso il termine di novanta giorni previsto dall'articolo 48, comma 6.

L'opportunità di evitare soluzioni di continuità nella gestione delle pratiche relative alla ricostruzione post-sisma (a distanza, peraltro, di quasi sette anni dal terremoto ...) non poteva condurre a derogare un preciso obbligo di legge, finalizzato a consentire un'adeguata valutazione di interessi pubblici (quelli connessi alla tutela del patrimonio culturale) di preminente rilievo costituzionale.

La deliberazione n. 63/2004 (insieme alla sottostante omessa modifica della norma regolamentare) appare dunque censurabili sotto due profili: in quanto mantiene la commissione edilizia comunale in carica, anziché istituire la commissione per la qualità architettonica ed il paesaggio; ed in quanto mantiene la partecipazione a pieno titolo dei componenti politici.

**6.5.4.** Per quanto concerne quest'ultimo profilo, non sembra dubbio che dall'articolo 4 della l.r. 1/2004 discenda ormai l'illegittimità della partecipazione di componenti di estrazione politica.

La difesa delle controinteressate sostiene che la delimitazione dei poteri del sindaco è meramente eventuale.

Il Collegio osserva che la previsione dell'articolo 4 *bis* toglie ogni dubbio sul ruolo che, al massimo, può essere riconosciuto in sede regolamentare alla partecipazione del sindaco (e certamente non vi sono ragioni per differenziare la sua posizione rispetto a quella degli altri soggetti "politici").

Ma a detta disposizione integrativa va riconosciuta la funzione di consentire detto riconoscimento, non di circoscriverlo.

La formulazione letterale originaria della norma – “*i cui componenti devono possedere un'elevata competenza e specializzazione*”- e la considerazione della *ratio* del principio di separazione sopra indicato (garantire l'imparzialità e il buon andamento delle scelte amministrative, consentendo una corretta imputazione dei risultati e delle responsabilità), conducono a ritenere che già l'articolo 4 comportasse la partecipazione di soli componenti in possesso della competenza e specializzazioni richieste, quanto meno ai fini dell'adozione (diritto di voto) del parere collegiale.

Il fatto che la qualificazione della commissione come “*organo a carattere (puramente) tecnico*” sia il frutto della modifica dell'articolo 4, comma 4, ad opera della l.r. 21/2004, non significa che, prima, l'organo potesse qualificarsi anche come “politico”; ma semplicemente che si è voluto accentuare il carattere tecnico di un organo che fino ad allora poteva intendersi come tecnico-amministrativo.

La previsione dell'articolo 7 del regolamento comunale previgente, nella misura in cui prevede la partecipazione alla commissione dei componenti di estrazione politica, appare dunque illegittima.

Può aggiungersi che è discutibile che soggetti di estrazione politica, qualora in possesso altresì della necessaria qualificazione tecnica, possano comunque far parte della commissione (è ciò che lascia supporre la difesa delle società controinteressate).

In ogni caso, nessuna specifica affermazione, né tanto meno dimostrazione della qualificazione tecnica risulta intervenuta nel caso in esame, nei confronti del sindaco, degli assessori e dei consiglieri

comunali chiamati a far parte dell'organo ai sensi del regolamento edilizio.

E non deve nemmeno effettuarsi una prova di resistenza, per stabilire se, in assenza dei soggetti di estrazione politica, considerata l'unanimità raggiunta sui pareri contestati, vi sarebbero stati comunque i quorum strutturale e funzionale per deliberare i pareri.

Infatti, trattandosi di un organo che valuta i progetti attraverso il confronto e la discussione di componenti portatori di esperienze e capacità professionali diverse, appare evidente che la partecipazione dei soggetti che non sarebbero legittimati influisce sulla determinazione finale, e vizia quindi di per sé il provvedimento conseguente.

**6.5.5** In conclusione sul punto, deve quindi affermarsi l'illegittimità della previsione dell'articolo 7 del regolamento, della deliberazione n. 63/2004, e dei pareri espressi dalla commissione edilizia comunale nella composizione illegittima, per violazione del principio di separazione suddetto e degli articoli 4, 4 *bis* e 48 della l.r. 1/2004.

Ne consegue necessariamente l'illegittimità del permesso di costruire e dell'autorizzazione paesaggistica adottati sulla base di detti pareri.

**6.6.** Evidenti appaiono le carenze dell'autorizzazione paesaggistica.

Per un lungo periodo, salvo rare previsioni di piano, ciascun ente locale competente al rilascio delle autorizzazioni paesaggistiche ha stabilito di quale documentazione dovesse essere corredata l'istanza di

autorizzazioni, al fine di consentire una adeguata valutazione di compatibilità paesaggistica.

In un simile contesto, appariva arduo stabilire la soglia di adeguatezza documentale, così che poteva in qualche modo giustificarsi l'affermazione (riscontrabile in giurisprudenza) dell'irrilevanza di una documentazione specifica in presenza di opere di dimensioni poco significative.

Oggi, in attesa che la pianificazione paesaggistica arricchisca il quadro valutativo preventivo definendo gli opportuni criteri di gestione del vincolo, la necessità di una documentazione specifica, modulata in relazione alle caratteristiche dell'opera ed al contesto nel quale è destinata ad inserirsi, ed i parametri generali per la valutazione della compatibilità paesaggistica di un'opera sono univocamente indicati dalla normativa.

Ai sensi dell'articolo 146, comma 4 (comma 3, nella formulazione antecedente al d.lgs. 157/2006) del Codice dei beni culturali e del paesaggio, è stato emanato il d.P.C.M. 12 dicembre 2005, che concerne specificamente la "documentazione necessaria alla verifica di compatibilità paesaggistica degli interventi proposti", verifica che si articola negli accertamenti indicati al successivo comma 6, ed è incentrato sulla "relazione paesaggistica". Tale previsione, come risulta dalla *ratio* della previsione di una specifica disciplina regolamentare (e viene chiarito dalle premesse dello stesso d.P.C.M.), trova applicazione anche nella fase transitoria, disciplinata dall'articolo 159 del Codice. Lo stesso comma 2, dell'articolo 159, conferma l'assunto, quando prevede che l'amministrazione

competente al rilascio dell'autorizzazione “deve produrre alla Soprintendenza [ai fini della valutazione sull'eventuale annullamento del provvedimento] una relazione illustrativa degli accertamenti indicati dall'articolo 146, comma 6”.

Analogamente, l'articolo 22 della l.r. 1/2004, richiede una “specificata istruttoria ambientale” (comma 1), ed onera a tal fine l'interessato di allegare all'istanza di autorizzazione “una relazione e idonea documentazione fotografica, nella quale sono evidenziati le presistenze e gli elementi oggetto di tutela, nonché l'incidenza su questi dell'intervento progettato” (comma 2).

Ora, si può discutere su quale sia la complessità della documentazione necessaria per valutare la compatibilità paesaggistica del vano di protezione in questione.

Ma sta di fatto che:

- la relazione tecnica prodotta da Idrea non fa alcuna menzione dell'impatto paesaggistico dell'opera e delle valutazioni effettuate dal progettista al riguardo; infatti, non può che essere considerata alla stregua di clausola di stile, la generica indicazione, in chiusura del documento, dell'inserimento di essenze arboree, del ripristino del manto erboso e dello stato originario dei luoghi, al fine di minimizzare l'impatto visivo e ambientale.

- l'autorizzazione paesaggistica non contiene alcuna motivazione, all'infuori del richiamo del parere favorevole espresso dalla commissione edilizia in data 16 marzo 2005; ma, a parte il fatto che tale parere concerne espressamente l'approvazione dell'opera ai soli fini idrogeologici (ciò, secondo la difesa del Comune, sarebbe dovuto

ad un “mero errore di trascrizione”), anche nel successivo parere in data 28 giugno 2007, finalmente espresso “ai fini ambientali” (recte: paesaggistici), la commissione edilizia, peraltro riferendosi alla condotta di adduzione e non ai manufatti fuori terra a servizio delle opere di captazione, ha omesso di svolgere alcuna effettiva motivazione.

E' perciò evidente che l'istruttoria è stata essenzialmente condotta sulla base dei parametri urbanistici ed edilizi e che l'autorizzazione paesaggistica è stata rilasciata senza una specifica valutazione di compatibilità paesaggistica.

Ritenere il comportamento del Comune di Gualdo Tadino conforme a legge equivarrebbe ad ignorare l'esistenza di un vincolo paesaggistico e delle previsioni normative sopra ricordate.

In altre occasioni questo Tribunale ha affermato come il principio della tutela differenziata dell'interesse paesaggistico (che si traduce nella necessità di uno specifico atto, adottato sulla base di una specifica valutazione, che non può essere assorbita in quella urbanistico-edilizia) non sia suscettibile di deroga da parte dell'amministrazione, in base a valutazioni aprioristiche della modestia delle opere da realizzare; né possa essere pienamente salvaguardato, attraverso una verifica *a posteriori* della rilevanza delle opere in sede giurisdizionale.

Ne discende l'illegittimità dell'autorizzazione paesaggistica, atto “autonomo e presupposto del permesso di costruire” (articolo 146, comma 9), e quindi anche del successivo permesso di costruire.

**6.7.** Quanto alle censure rivolte nei confronti dell'autorizzazione idrogeologica, non può condividersi la posizione delle parti resistenti, secondo le quali non dovevano essere applicati gli articoli 59 e 60 del regolamento regionale 7/2002, posto che le opere in questione non interessavano alcun pozzo.

Peraltro, le parti resistenti hanno anche precisato che l'area in questione è indicata come interessata da "frana inattiva", e cioè che ha ormai raggiunto il proprio equilibrio naturale, tanto che in dette zone l'articolo 2.2.18. delle N.T.A. consente la realizzazione di "nuovi complessi insediativi e di trasformazione edilizia ed urbanistica" e "l'esecuzione di pozzi per l'emungimento di falde acquifere".

Ciò posto (e ridimensionato così la portata effettiva dell'articolo 59 sui terreni interessati da movimenti franosi), può presumersi che il sopralluogo effettuato dalla Comunità Montana (nel provvedimento viene citato "il verbale di sopralluogo") abbia necessariamente tenuto conto e considerato l'area di dissesto, sia pure inattivo, anche nella prospettiva dell'escavazione del pozzo (articolo 60).

**7.** In conclusione, per quanto sopra esposto, deve disporsi l'annullamento del permesso di costruire n. 169/2007 e dell'autorizzazione paesaggistica n. 10/2007, nonché dei pareri espressi al riguardo dalla commissione edilizia comunale, della deliberazione di costituzione di detto organo e della relativa disposizione del regolamento comunale.

**8.** Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo dell'Umbria, definitivamente pronunciando, accoglie parzialmente il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il permesso di costruire n. 169/2007, l'autorizzazione paesaggistica n. 10/2007, i sottostanti pareri della commissione edilizia, la deliberazione n. 63/2004 e, *in parte qua*, l'articolo 7 del regolamento edilizio.

Condanna il Comune di Gualdo Tadino e la società Idrea S.r.l. al pagamento della somma di Euro 2.000,00 (duemila/00) ciascuno, in favore dei ricorrenti per spese, competenze ed onorari di giudizio, che viceversa compensa nei confronti della Comunità Montana dell'Alto Chiascio.

Così deciso in Perugia, nella Camera di Consiglio del 20 febbraio 2008 con l'intervento dei signori:

Avv. Pier Giorgio Lignani	Presidente
Avv. Annibale Ferrari	Consigliere
Dott. Pierfrancesco Ungari	Consigliere, est.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
F.to Pierfrancesco Ungari	F.to Pier Giorgio Lignani

IL SEGRETARIO

F.to Rossella Cardoni

