

EDILIZIA ED URBANISTICA: Distanze legali - Canali e fossi - Corsi d'acqua - Costruzioni - Divieto - Tombini - Manutenzione.

C.g.A., Sez. giurisd., 9 giugno 2022, n. 683

- in *Il Foro amm.*, 6, 2022, pag. 824.

“[...] il divieto di costruzione di opere ad una determinata distanza dagli argini dei corsi d'acqua, previsto dall'art. 96 lett. f), t.u. 25 luglio 1904 n. 523, è inderogabile e vale non solo per i corsi d'acqua superficiali, ma anche per le altre opere di bonificazione, tra le quali va certamente compresa anche la tombinatura che non può ritenersi opera definitiva, essendo possibile riportare in qualunque momento il corso d'acqua allo stato precedente e, conseguentemente, obbligatorio il rispetto delle distanze al fine di consentire uno spazio di manovra nel caso in cui sia necessario porre in essere attività di manutenzione delle condutture.”, il che implica che la tombinatura non comporta in alcun modo il venire meno dei vincoli [...].”

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Palermo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2022 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti: nessuno è presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO e DIRITTO

I – Espone l'appellante che l'area di cui si discute si colloca all'interno del Parco di Villa - OMISSIS-esteso per circa 25 ettari e con un perimetro di circa 2,5 Km. Precisa, che il fondo, tra l'altro, fu tra i principali centri di sperimentazione agricola, che nel XIX sec. contraddistinsero il territorio di Palermo. Negli anni '50, con lo scopo di delimitare i campi coltivati a mandarino, il Parco fu circondato da filari di cipressi disposti sui viali perimetrali, così da formare un articolato disegno circolare.

Esponde che, con nota prot. n° -OMISSIS-del 10 gennaio 2018, il Comando di Polizia Municipale Nucleo N.T.P.A. segnalava possibili violazioni a carico della -OMISSIS-, facendo richiesta alla Soprintendenza di un sopralluogo congiunto al fine di verificare la legittimità dei lavori eseguiti.

Il predetto sopralluogo, effettuato il 16 gennaio 2018 presso l'area denominata Parco -OMISSIS-(catastralmente identificata al foglio di mappa n° -OMISSIS-), portava ad accertare che sul posto

erano estati eseguiti la stroncatura di alcune essenze arboree alla base, ed altre ad un'altezza di 80 cm ca, compresi tra olivi e agrumi, nonché la potatura drastica di molti alberi di mandarini, lasciando cumuli di detriti e di sterpaglie.

Pertanto, con nota prot. n.-OMISSIS- del 30 gennaio 18, l'Autorità paesaggistica chiedeva alla Associazione ora appellata di produrre un elaborato grafico contenente l'individuazione catastale e planimetria dell'area interessata dall'accertamento.

Il legale rappresentante dell'-OMISSIS-, chiedeva allora, con istanza datata 5 febbraio 2018, l'avvio una procedura verifica di compatibilità paesaggistica per lavori di *“pulitura straordinaria area urbana privata a verde, consistenti nell'eliminazione di cespugliame, rovi e potature di ringiovanimento, di ricostruzione chioma, contenimento e capitozzatura di alberature (ulivo e agrumi)”*, successivamente inoltrando la documentazione tecnica richiesta dalla Soprintendenza con nota del 30 gennaio 2018 e con successiva nota n. 1971 dell'11 aprile 2018 (quest'ultima relativa alla consistenza numerica degli alberi di agrumi oggetto di diradamento e la consistenza numerica e diametrica degli alberi di ulivo oggetto di capitozzatura).

Oggetto del presente contenzioso è il provvedimento con cui l'Amministrazione, esaminato il progetto e la complessiva documentazione allegata, respingeva con nota prot. n. -OMISSIS- del 6 settembre 2018 la richiesta di compatibilità paesaggistica, ritenendo che i drastici interventi operati sulle alberature adulte presenti in loco avessero reso nocuo all'area a verde denominata *“parco -OMISSIS-”*. Si disponeva, pertanto, la rimessione in pristino (mediante innesto degli ulivi stroncati) ed il ripristino degli alberi di agrumi estirpati o danneggiati dalle potature.

Con la sentenza appellata, il primo giudice – premesso che la Soprintendenza aveva motivato il provvedimento *“con riferimento alla circostanza che su una parte del parco gravava il vincolo fluviale, di cui all'art. 142, lettera c), del d.lgs. n. 42 del 2004, a tutela del canale Passo di Rigano, inserito al n. 61 dell'elenco delle acque pubbliche, e che le colture arboree troncate e stroncate rientravano tra quelle sottoposte a tutela ai sensi dell'art. 136, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 42 del 2004”* - escludeva la permanenza del vincolo fluviale, poiché *“il canale Passo di Rigano è stato interrato e quello che un tempo era il suo tracciato è occupato dalla carreggiata stradale di una serie di vie di Palermo, cosicché si è trasformato in una mera condotta appartenente al sistema fognario”*. In merito all'asserita riconducibilità delle colture arboree troncate tra quelle sottoposte a tutela ai sensi dell'art. 136, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 42 del 2004, escludeva l'applicabilità della disposizione in considerazione del fatto che la Soprintendenza non aveva dimostrato che il parco di -OMISSIS- è stato dichiarato di notevole interesse pubblico.

L'Amministrazione regionale appellante, deduce, pertanto, i seguenti motivi di appello:

1) sulla presunta violazione dell'art. 142, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 42/2004, il travisamento dei fatti di causa e dei dati normativi di riferimento; infatti, il canale Passo di Rigano sarebbe ancora senz'altro qualificabile come "*corso d'acqua*", anche in ragione del fatto che l'area in questione è caratterizzata da un rischio idrogeologico indicato nel Piano Stralcio di Bacino per l'Assetto Idrogeologico (P.A.I.); ciò sarebbe confermato da quanto dichiarato alla stampa dal responsabile unico del procedimento per il Comune di Palermo nell'ambito dei lavori di copertura del sottostante canale Mortillaro, attualmente in corso d'opera in viale della Regione Siciliana; ancora, con nota del 27 gennaio 2021 n. 1254 (della quale l'appellante chiede l'acquisizione al giudizio), l'Autorità di Bacino del Distretto idrografico della Sicilia ribadiva che "*sia il canale Passo di Rigano che il Canale Boccadifalco sono a tutti gli effetti parte integrante del reticolo regionale e, in quanto tali, hanno caratteristiche di corso d'acqua e sono soggetti al regime normativo e vincolistico discendente dal Testo Unico sulle opere idrauliche di cui al Regio decreto 25 luglio 1904 n. 523*"; erronea sarebbe anche l'affermazione secondo la quale l'interramento determinerebbe il "*venir meno*" di un corso d'acqua e la conseguente "*inefficacia*" di tutti i vincoli; in forza dell'art. 96, lett. f) r.d. n. 523 del 1904, che vieta "*in modo assoluto sulle acque pubbliche, loro alvei, sponde e difese*" "*le piantagioni di alberi e siepi, le fabbriche, gli scavi e lo smovimento del terreno a distanza dal piede degli argini e loro accessori come sopra, minore di quella stabilita dalle discipline vigenti nelle diverse località, ed in mancanza di tali discipline, a distanza minore di metri quattro per le piantagioni e smovimento del terreno e di metri dieci per le fabbriche e per gli scavi*"; divieto che, per consolidata giurisprudenza di legittimità, è, infatti, informato "*alla ragione pubblicistica di assicurare la possibilità di sfruttamento delle acque demaniali, ovvero di assicurare il libero deflusso delle acque scorrenti nei fiumi, torrenti, canali e scolatoi pubblici*" (in termini, richiama Cass. civ. Sez. unite, ord., 1 aprile 2020, n. 7644; e, Cons. Stato Sez. VI, 29 novembre 2019, n. 8184);

2) violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 142, comma 1, lett. c) d. lgs. n. 42/2004, perché il canale Passo di Rigano, in ogni caso, risulterebbe sottoposto a vincolo paesaggistico in forza della già richiamata disposizione oggi contenuta all'art. 142, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 42/2004, laddove si sancisce che (come in precedenza previsto dalla l. n. 431/1985) sono "*comunque*" di interesse paesaggistico e sono sottoposti alle disposizioni del Codice sui beni paesaggistici "*i fiumi, i torrenti ed i corsi d'acqua iscritti negli elenchi di cui al testo unico delle disposizioni di legge sulle acque ed impianti elettrici, approvato con regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, e le relative sponde o piede degli argini per una fascia di 150 metri ciascuna*"; la norma sarebbe chiara nel far riferimento non già (come sembrerebbe intendere il primo giudice) ai

soli corsi d'acqua a cielo aperto (con esclusione, cioè, di quelli tombati o interrati), ma soltanto ad una categoria specifica di corsi d'acqua, ovvero quelli indicati nel richiamato elenco di acque pubbliche; orbene, il canale Passo di Rigano sarebbe, dunque, ancora "*corso d'acqua*", tra l'altro iscritto negli elenchi di cui al r.d. 1775/1933; né assumerebbe rilievo, in senso contrario, la circostanza che tale corso d'acqua non sia "*presente*" nell'elenco "*dei corsi di acque pubbliche che vengono trasferiti dal demanio dello Stato a quello della Regione autonoma della Sicilia*" di cui al d.P.R. n. 1503/1970 (sul punto evoca Cons. Stato Sez. IV, 30 giugno 2017, n. 3230);

3) sulla presunta violazione dell'art. 136, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 42/2004, infondatezza dei restanti motivi di ricorso di parte appellata, poiché – come ribadito in primo grado - il riferimento ai beni tutelati *ex art. art. 136, comma 1, lett. b* (ville, giardini, parchi "*non tutelati dalle disposizioni della Parte seconda del presente codice, che si distinguono per la loro non comune bellezza*") nel provvedimento impugnato, sarebbe finalizzato a motivare le ragioni della incompatibilità paesaggistica degli interventi effettuati, e ciò in relazione a quelle che erano le caratteristiche della vegetazione e delle colture dell'area (classificata, nel vigente PRG di Palermo, come "V3", cioè area destinata a Spazi Pubblici a Verde) prima degli interventi medesimi, al netto del valore intrinseco della -OMISSIS-(in corso di valutazione nell'ambito del Piano paesistico di Palermo); rispetto a tale destinazione sarebbero totalmente estranee le attività agro-silvo-pastorali richiamate dall'art. 149 del d.lgs. n. 42/2004, invocate dall'originario ricorrente; ai sensi dell'art. 149 cit, infatti, la parte appellata avrebbe comunque dovuto ottenere un nulla osta per gli interventi effettuati sulle colture o sulla vegetazione esistenti nelle aree vincolate; gli interventi, poi, esulerebbero da modificazioni "*normali*" inerenti alla "*usuale pratica agricola*", avendo determinato la stroncatura alla base di alcune essenze arboree, sicché il ripristino dei valori paesaggistici tutelati avrebbe imposto l'adozione delle misure contestate.

Si è costituito il Comune di Palermo, evidenziando il danno che deriverebbe dal consolidarsi dell'interpretazione resa dal giudice di primo grado con riguardo all'area per cui è causa.

L'Amministrazione comunale ha depositato, per tanto, il certificato storico di destinazione urbanistica (nota prot .249284 dell'1 aprile 2021) a dimostrazione del fatto che i terreni in asserita proprietà -OMISSIS-ricadrebbero all'interno della perimetrazione dei parchi urbani, all'interno del vincolo paesaggistico e – secondo il P.A.I. - in zona a rischio esondazione. L'Amministrazione evidenzia, ancora, che, nelle more dell'adozione della variante generale al P.R.G., con recente deliberazione consiliare n. 10 del 10 marzo 2021 (che deposita) sono stati, intanto, riapposti i vincoli sull'area interessata dal parco di -OMISSIS-.

Precisa, ancora, che – escluso che possa discutersi di attività agro – silvo – pastorale – l’abbattimento degli alberi sarebbe, comunque, avvenuto in assenza di autorizzazione anche ai sensi dell’art. 43 del vigente regolamento del verde (che deposita).

Né potrebbe ignorarsi la legislazione di tutela degli alberi di olivo (d.lgs. lgt n.475/1945) che stabilisce che “*Per quanto concerne specificamente gli alberi di olivo, che come è noto possono raggiungere volumi ed altezze considerevoli e che, sotto tale profilo, possono già di per sé accomunarsi agli alberi di alto fusto, è ancora vigente la disciplina dettata dal d.lg.lt. 27 luglio 1945 n. 475, recante il divieto di abbattimento di tali alberi se non in numero limitato e con specifica autorizzazione delle autorità competenti*”. Ancora, non autorizzati sarebbero gli interventi di capitozzatura, ovvero i tagli che interrompono la gemma apicale dell’albero e quelli praticati sulle branche primarie vive superiori a 30 cm di circonferenza.

L’-OMISSIS-(-OMISSIS-) originaria ricorrente di primo grado vittoriosa, non si è costituita nel presente grado di giudizio.

All’udienza del 25 maggio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

I – Ritiene il Collegio che nulla osta all’acquisizione della documentazione prodotta, che attiene ai fatti di causa e che, in ogni caso, risulta indispensabile ai fini della controversia e, comunque, non amplia il *thema decidendum* del giudizio di appello (*in terminis*, Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2018, n. 2669).

II - Il primo motivo di appello è fondato.

L’art. 1 del r.d. 1775/1933 è stato abrogato, con conseguente soppressione degli elenchi delle acque pubbliche, dal d.P.R. n° 238/1999 (rubricato “*Regolamento recante norme per l’attuazione di talune disposizioni della L. 5 gennaio 1994 n°36*”) che, all’art. 1, dà una definizione generale del demanio idrico prevedendo che: “*... appartengono allo Stato e fanno parte del demanio idrico tutte le acque sotterranee e le acque superficiali anche raccolte in invasi e cisterne ...*”.

Successivamente, l’art. 144 del d.lgs. 3 aprile 2006, n°152, rubricato “*Norme in materia ambientale*” ha ribadito, al primo comma, che “*... Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono allo Stato ...*”.

Le richiamate definizioni non fanno più riferimento alle caratteristiche delle acque pubbliche di cui all’art. 1 del r.d. n°1775/1933, non richiedendo più che esse, per la loro portata o per l’ampiezza del loro bacino imbrifero, abbiano o acquistino attitudine ad usi di pubblico interesse.

Di conseguenza con l’entrata in vigore del d.P.R. n. 238/2009, giuridicamente tutte le acque indipendentemente se sotterranee o superficiali sono definite pubbliche e assoggettate a tutela.

Nella specie che occupa non si pone neppure il problema interpretativo se occorra l'iscrizione esclusivamente per i corsi più piccoli a seguito delle intervenute riforme, poiché il corso risulta tuttora iscritto negli elenchi di cui al r.d. 1775/1933 (sul punto, Cons. Stato, Sez. IV, n. 3230/2017). L'art. 142 del d.lgs. n. 42 del 2004 stabilisce, in proposito, un vincolo paesaggistico *ex lege* per “*le relative sponde o piedi degli argini per una fascia di 150 metri ciascuna*”.

III – Del resto il mancato inserimento nell'elenco di cui al d.P.R. n. 1503 del 1970 non pare sia decisivo ai fini dell'esclusione della natura pubblica del corso d'acqua. A riguardo si è precisato che deve intendersi superata l'affermazione secondo cui il mancato inserimento di un corso d'acqua nell'elenco dei beni trasferiti alla Regione escluderebbe la responsabilità della medesima per danni causati dall'omessa manutenzione. Tale tesi, infatti, è stata più volte disconosciuta dal giudice speciale in materia di Acque pubbliche sia in primo che in secondo grado (a riguardo, Ufficio legislativo e legale della Regione con la nota n. 15865 del 25 maggio 2012, come richiamata dalla circolare 4 aprile 2017 recante “*Individuazione delle competenze degli uffici del Genio civile dell'Isola in materia di corsi d'acqua e demanio idrico fluviale. Atto di indirizzo*” in G.U. n. 16, parte I, del 21 aprile 2017).

Relativamente a quanto sin qui rilevato, assume importanza, ai fini della decisione quanto affermato dall'Autorità di bacino del distretto idrografico della Sicilia 4 – Demanio idrico fluviale e polizia idraulica, con nota prot. 4930 del 31 marzo 2021, come di seguito si riporta: “*Il Canale Passo di Rigano è inserito al n. 161 dell'Elenco Ufficiale delle Acque Pubbliche della Provincia di Palermo, non è tra quelli transitati al Demanio della Regione Siciliana e le aree sulle quali scorre sono pertanto ancora oggi di proprietà del Demanio dello Stato.*

Esso fa parte di un più ampio sistema idraulico, ricadente interamente all'interno del territorio comunale di Palermo, che comprende:

- *lo stesso canale Passo di Rigano*
- *i suoi affluenti in sinistra idraulica Mortillaro, Celona e Borsellino (questi ultimi due confluiscono in un solo corso alla periferia orientale dell'abitato di Borgo Nuovo)*
- *il canale Luparello che costituisce l'estensione del canale Passo di Rigano a monte della confluenza del Celona – Borsellino”.*

Non può sussistere, dunque, alcun dubbio, circa l'applicabilità dell'art. 142 del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Ebbene, sui terreni con vincolo idrogeologico, qualsiasi lavoro che comporti un modifica del terreno deve essere sottoposto al vaglio dell'ente locale preposto, il quale in caso di esito favorevole, rilascia un nulla osta.

Ciò appare elemento decisivo ai fini dell'accoglimento dell'appello, mancando nella specie che occupa il richiamato nulla osta, e non intendendo, il Collegio, decampare dal consolidato orientamento secondo cui (Consiglio di Stato , sez. IV , 23/07/2009 , n. 4663) “il divieto di costruzione di opere ad una determinata distanza dagli argini dei corsi d'acqua, previsto dall'art. 96 lett. f), t.u. 25 luglio 1904 n. 523, è inderogabile e vale non solo per i corsi d'acqua superficiali, ma anche per le altre opere di bonificazione, tra le quali va certamente compresa anche la tombinatura che non può ritenersi opera definitiva, essendo possibile riportare in qualunque momento il corso d'acqua allo stato precedente e, conseguentemente, obbligatorio il rispetto delle distanze al fine di consentire uno spazio di manovra nel caso in cui sia necessario porre in essere attività di manutenzione delle condutture.”, il che implica che la tombinatura non comporta in alcun modo il venire meno dei vincoli.

IV – Pertanto, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado.

V – In ragione della regola della soccombenza, l'Associazione appellata è condannata al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio a favore dell'amministrazione regionale appellante, nella misura complessiva di euro 3000,00 (tremila/00) oltre accessori come per legge.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese con il comune di Palermo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna l'Associazione appellata al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio a favore dell'Amministrazione a regionale appellante, nella misura complessiva di euro 3000,00 (tremila/00) oltre accessori come per legge. Compensa per il resto.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento dei dati idonei ad identificare la parte appellata.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Marco Buricelli, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE

Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE

Fabio Taormina

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.