

sentenza
30 gennaio 2007
n. 123

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
Sezione 2[^]

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 566 del 2005 proposto da

MONICO BELLONE Linda, MONICO TOMMASINI Maria Teresa,
MONICO ARCANGELI Alessandra, MONICO Giorgio, rappresentati e
difesi dagli avv.ti Antonio Belvedere e Marco Gelmetti, presso lo studio dei
quali sono elettivamente domiciliati in Milano, piazza E. Duse 3

c o n t r o

COMUNE di VARENNA, rappresentato e difeso dagli avv.ti Vito Zotti e
Giuseppe C. Salerno, elettivamente domiciliato presso lo studio di
quest'ultimo in Rho, Galleria Europa 21

n e i c o n f r o n t i d i

VAGO Alfredo, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Sala, presso il cui
studio è elettivamente domiciliato in Milano, via Hoepli 3

e d i

LORETO s.r.l., con sede in Milano, rappresentata e difesa dall'avv. Emilio
Magnoni, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, largo
Augusto 3

per l'annullamento

del permesso di costruire 9 dicembre 2004 n. 6/04, rilasciato per la costru-
zione di un edificio residenziale, e di tutti gli atti presupposti, consequenzia-
li e connessi, compresi il decreto di autorizzazione paesaggistica 9 dicembre
2004 e il parere 19 novembre 2004 della commissione edilizia.

Visto il ricorso, notificato il 18-21 febbraio, depositato il 1 marzo 2005;

Visti i motivi aggiunti notificati il 3, depositati il 10 maggio 2005;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune e dei controinteressati;

Viste le memorie delle parti;

Visti atti e documenti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 13 dicembre 2006, relatore il dott. Carmine
Spadavecchia, l'avv. Fumagalli (su delega dell'avv. Belvedere) per i ricor-
renti, l'avv. Salerno per il Comune, l'avv. Pintus (su delega dell'avv. Sala) e
l'avv. Magnoni per i controinteressati;

Considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. I ricorrenti, comproprietari di un edificio residenziale sito in Varenna,
frazione di Fiumelatte, via per Pino, hanno impugnato il permesso di co-
struire n. 6/04 rilasciato dal Comune per la realizzazione di un nuovo edifi-
cio residenziale (sei unità immobiliari oltre a posti auto al piano stradale) in
un'area libera, sistemata a giardino, a valle della loro proprietà.

L'area (contraddistinta in catasto al foglio 16, mappali 1505, 656/a e 656/b)
si sviluppa su un pendio compreso tra la strada provinciale lungolago e la
soprapstante via per Pino; ed è contigua ad una costruzione residenziale

Sezione 2[^]

n.
reg. sent.

n. 566/05
reg. ric.

(mappale 655) un tempo adibita a portineria di una Villa ("Villa Somaini", poi "Villa Dajelli": mappale 657), sita sul lato opposto dell'area.

Gli immobili in questione (area ed ex portineria), situati in zona C2 di espansione (indice di densità fondiaria 0,6 mc/mq), appartenevano ad un unico proprietario (coniugi Vago - Castiglioni), che con atto di compravendita 24 dicembre 2004 (registrato a Lecco il 28.12.04, al n. 8811) ha alienato alla Società Loreto l'area a giardino come lotto autonomamente edificabile, già corredato dal permesso di costruire rilasciato al signor Vago.

I ricorrenti avevano chiesto di partecipare al procedimento attivato dalla richiesta del permesso edilizio; in tale sede avevano contestato il progetto (peraltro successivamente rielaborato), sia perché (ritenuto) particolarmente invasivo sotto il profilo paesaggistico, sia perché redatto considerando, ai fini della volumetria assentibile, i soli mappali 1505, 656/a e 656/b, senza tenere conto dell'asservimento di detti mappali alla volumetria già realizzata sul mappale 655.

Informati (in data 14.12.2004) del rilascio del permesso, presentavano istanza di accesso ai documenti (permesso e relativi elaborati), che il Comune trasmetteva il 24.12.2004.

2. Il ricorso in epigrafe, integrato da motivi aggiunti, investe, oltre al permesso di costruire del 9 dicembre 2004, l'autorizzazione paesaggistica emessa in pari data dal Comune e il parere 19 novembre 2004 della commissione edilizia.

I motivi di impugnazione, articolati in censure di violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, possono così sintetizzarsi:

- violazione dell'art. 10 legge n. 241/90 per omessa valutazione della memoria 3.5.2004 con la quale i ricorrenti hanno, nel corso del procedimento, contestato le modalità di calcolo della volumetria e l'impatto ambientale dell'edificio in progetto (primo motivo);

- violazione del piano regolatore comunale, in quanto la volumetria assentibile è stata calcolata scorporando arbitrariamente dal compendio (originariamente unico) il già edificato mappale 655 (secondo motivo);

- violazione dell'art. 8 legge regionale 9 giugno 1997 n. 18 e del principio di buon andamento dell'attività amministrativa (art. 97 Cost.), per avere il Comune rilasciato il permesso edilizio e l'autorizzazione paesaggistica nello stesso giorno, laddove l'autorizzazione dovrebbe precedere l'avvio del procedimento volto al rilascio del permesso; l'autorizzazione e il parere della commissione edilizia sono inoltre privi di motivazione in ordine alla compatibilità della costruzione in progetto con i valori paesaggistici da tutelare; mancherebbe anche una valutazione di compatibilità geologica dell'intervento assentito, il quale si colloca in un ambito territoriale classificato dal PTC della provincia di Lecco come soggetto a fenomeni di "crollo in roccia attivo" e per giunta colpito, a soli cento metri di distanza, dalla frana staccatasi il 13 novembre 2004 dal Monte Foppe, alle spalle dell'abitato; detta valutazione sarebbe stata tanto più necessaria in quanto la stessa relazione geologica e tecnica di parte evidenziava l'esigenza di più approfondite indagini geognostiche (terzo motivo);

- violazione del piano regolatore per: omesso computo volumetrico del portico, avente profondità maggiore di 1,5 mt; non prevista demolizione di un manufatto esistente, che andrebbe pertanto a incrementare l'eccedenza di volume; superamento del rapporto di copertura, fissato dalle n.t.a. nel 30%

della superficie fondiaria del lotto (quarto motivo);

- violazioni ulteriori del piano regolatore relativamente all'altezza dell'edificio in progetto e alla sua distanza dalle pareti finestrate dell'ex portineria (quinto motivo);

- contraddittorietà, carenza di istruttoria e di motivazione, per omessa acquisizione dell'elaborato tecnico (tavola raffigurante "prospetti adeguati con coloriture e ombre") chiesto dalla commissione edilizia (sesto motivo);

- violazione dell'art. 5 legge regionale 9 giugno 1997 n. 18 e dell'art. 20 d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, in quanto la proposta di provvedimento e la relazione degli esperti ambientali riguardano un primo progetto (esaminato il 17.9.2004), poi rimaneggiato per adeguarlo alle indicazioni della Soprintendenza, mentre nessuna relazione con proposta di provvedimento sarebbe stata redatta sul nuovo progetto (presentato il 16.11.2004); violazione dell'art. 5.2 della stessa legge regionale n. 18/1997, essendo l'autorizzazione paesaggistica priva della relazione scritta degli esperti ambientali, da riportare per esteso nei verbali della seduta; violazione dell'art. 20.3 d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380, non risultando il permesso di costruire preceduto dalla proposta del responsabile del procedimento, corredata da relazione dettagliata (settimo motivo).

3. Il Comune ha eccepito la tardività del ricorso (notificato il 18.2.05) in relazione alla data (14.12.2004) in cui i ricorrenti hanno avuto notizia del rilascio del permesso edilizio. Secondo la difesa comunale, l'accesso ai documenti, ottenuto in data 24.12.04, abilitava i ricorrenti - che al procedimento avevano peraltro partecipato - a proporre motivi aggiunti, ma non a differire l'impugnazione oltre il termine di decadenza decorrente dalla notizia del rilascio del permesso. Nel merito, il Comune ha controdedotto assumendo, in particolare, che il terreno sarebbe libero da asservimenti volumetrici, non essendovi stato scorporo di aree né asservimento (non risultante da alcun atto scritto) dei mappali 1505, 656/a e 656/b alla casa di cui al mappale 655, presumibilmente edificata prima del 1942, e per la quale non v'è documentazione negli archivi comunali. Quanto ai profili di sicurezza geologica, la zona edificabile in questione sarebbe del tutto estranea all'ambito interessato dalla frana.

Argomenti sostanzialmente analoghi svolgono le difese dei controinteressati, che pure eccepiscono l'irricevibilità del ricorso e la sua infondatezza nel merito.

La domanda cautelare è stata respinta dalla Sezione (ord.za 10.3.2005 n. 576) "in considerazione dei profili di irricevibilità" del ricorso, emergenti "ad un primo sommario esame". L'appello è stato respinto (Cons. Stato IV, 5.7.05 n. 3222) sul rilievo che "a prescindere dalla questione della tardività del ricorso di primo grado, allo stato degli atti e nei limiti della presente cognizione cautelare, nella comparazione dei contrapposti interessi, appare meritevole quello degli appellati".

4. Ritene il Collegio, ad un esame più approfondito, che l'eccezione di tardività del ricorso non possa essere condivisa.

La comunicazione del rilascio del permesso di costruire, come la pubblicazione all'albo pretorio, non costituisce formalità sufficiente a garantire la piena conoscenza dell'atto da parte dei soggetti legittimati a dolersene.

Ai fini della decorrenza del termine di impugnativa, infatti, non basta la semplice notizia del rilascio del provvedimento (ancorché ne vengano indi-

cati gli estremi), né la vaga cognizione del suo contenuto; è necessaria la conoscenza dei suoi elementi essenziali, tra cui rientrano le caratteristiche oggettive evincibili dagli allegati grafici (Cons. Stato V, 19.5.98 n. 616).

D'altro canto, quando l'Amministrazione, a fronte di una istanza di accesso, comunica la disponibilità dei documenti, è dal momento della conoscenza di tale disponibilità (o, al più, dal primo giorno utile per avvalersene) che va fatto decorrere il termine per l'impugnazione (TAR Milano 3^a, 26.1.01 n. 211; TAR Napoli 1^a, 28.10.99 n. 2767).

Anche alla stregua dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, infatti, solo la conoscenza *integrale* del provvedimento, completo di dispositivo e di motivazione – nonché degli allegati progettuali, se si tratta di titoli edilizi – pone l'interessato in condizione di valutare la validità del titolo e verificarne la rispondenza ai criteri legali (Cass. I, 16.3.00 n. 3041; Cons. Stato V 12.1.04 n. 31, 11.7.02 n. 3909, 3.3.01 n. 1231; IV 11.3.99 n. 258).

La partecipazione dei ricorrenti al procedimento (nel cui ambito hanno presentato memorie, che non risultano peraltro valutate e controdedotte dal Comune) non è circostanza che dimostri la piena conoscenza dell'atto finale; tanto più che il progetto presentato il 30 marzo 2004, di cui essi hanno preso visione inoltrando memoria ex art. 10 legge 241/90, ha subito diversi rimaneggiamenti, mentre non v'è prova alcuna che i ricorrenti abbiano avuto, prima di poter accedere alla relativa documentazione, conoscenza integrale dell'ultima versione del progetto, presentata il 16 novembre 2004, e tanto meno dell'autorizzazione paesaggistica emanata contemporaneamente al permesso edilizio.

In definitiva, il ricorso (notificato il 18 febbraio 2005) deve ritenersi tempestivo rispetto alla data (24 dicembre 2004) dell'accesso documentale.

5. Nel merito, è fondato - e assorbente - il secondo motivo di ricorso, relativo al computo della volumetria edificabile sui mappali 1505, 656/a e 656/b, alienati alla Società Loreto.

In linea di fatto, le vicende dominicali relative al compendio in questione possono essere ricostruite come segue.

Il complesso della Villa Dajelli, originariamente unitario, è stato scorporato in più parti (cfr. doc. 19 e 29 fasc. ricorrenti).

La parte a sud (distinta in tinta verde nella planimetria sub doc. 19) è rimasta di proprietà Dajelli, e comprende la villa padronale (mapp. 657) e il giardino di pertinenza (mapp. 656/c).

Le altre parti sono state vendute al signor Vago in due tempi.

Con atto 25 ottobre 1958 (doc. 17) è stata alienata la porzione di area contrassegnata con il mappale 656/b (in tinta gialla nella planimetria sub doc. 19).

Con atto 11 aprile 1959 sono state alienate una "casetta di vecchia e decadente costruzione" (ex portineria), di quattro vani su due piani, con terreno adiacente, distinta nel catasto urbano di Varenna al mappale 655, nonché le aree distinte in catasto terreni ai mappali 1505 e 656/a (il tutto in tinta arancione nella planimetria sub doc. 19).

Il 9 agosto 2004 il sig. Vago inoltra all'Agenzia del territorio una denuncia di variazione catastale, in forza della quale i mappali 1505, 2014 (già 656/a) e 2015 (già 656/b) venivano fusi nel (col) mappale 655 (cfr. visure catastali storiche al 7.6.05, doc. 44 ~ 48 fasc. ricorrenti).

Nondimeno gli elaborati progettuali – non diversamente dal permesso di

costruire del 9.12.2004 – continuavano ad individuare con i mappali 1505, 656/a e 656/b l'area di intervento, di pertinenza dell'erigenda costruzione.

Una ulteriore denuncia di variazione catastale veniva infine presentata il 10 dicembre 2004 all'Agenzia del territorio per sostituire i mappali 655, 1505, 656/a e 656/b con i mappali 655 sub 701-702-703-704-705-706. Questa denuncia di variazione è menzionata nell'atto di compravendita 24 dicembre 2004 con cui i coniugi Vago – Castiglioni hanno trasferito alla Loreto s.r.l. i mappali 655 sub 703-705-706 (ex mappali 1505, 656/a, 656/b) e la volumetria spettante sul mappale 702, restando di proprietà dei venditori i mappali 701-702-704 (cfr. allegato A all'atto di compravendita).

6. Ciò premesso, osserva il Collegio che in materia di asservimento volumetrico si possono trarre dalla giurisprudenza consolidata i seguenti principi:

a) nel computo della volumetria assentibile in ciascuna zona di piano regolatore sono da ricomprendere anche gli edifici preesistenti (Cons. Stato V 29.11.94 n. 1414), in quanto il p.r.g., nella parte in cui prevede i limiti entro i quali l'area può essere edificata, si riferisce non all'edificazione ulteriore rispetto a quella già esistente al momento della sua approvazione, ma all'edificazione complessivamente realizzabile sull'area (Cons. Stato V 7.11.02 n. 6128, 26.11.94 n. 1382);

b) le vicende inerenti alla proprietà dei terreni, e in particolare il frazionamento del fondo da parte dell'originario unico proprietario, sono irrilevanti ai fini dell'inedificabilità delle aree libere, che devono comunque intendersi asservite alle costruzioni già realizzate e pertanto restano inedificabili (oppure edificabili nei soli limiti della volumetria residua) ove le costruzioni esistenti abbiano già "consumato" la volumetria disponibile (Cons. Stato IV 6.9.99 n. 1402).

In applicazione di questi principi si è statuito che:

- si deve sempre tenere conto dei manufatti preesistenti (Cons. Stato V n. 6128/02 cit.);

- per calcolare l'entità dell'asservimento e la volumetria residua, si deve considerare non il regime edilizio più favorevole esistente all'epoca di edificazione dei manufatti *in situ*, ma lo strumento urbanistico vigente alla data del provvedimento emesso sulla domanda di concessione (Cons. Stato V 22.11.01 n. 5928);

- se un'area edificabile viene frazionata in più parti, alienate a vari proprietari, la volumetria disponibile nell'intera area rimane invariata, e quella che residua tenuto conto dell'originaria costruzione resta di pertinenza dei diversi proprietari in proporzione della rispettiva quota di acquisto (CS V 12.7.05 n. 3777) - salvo ovviamente eventuali cessioni di cubatura (cfr. Cass. II, 12.9.98 n. 9081, Cons. Stato V 28.6.00 n. 3637) -, a nulla rilevando che l'edificanda costruzione vada ad insistere su un lotto libero risultante dal frazionamento (Cons. Stato VI 27.6.06 n. 4117 e riferimenti);

- l'area la cui potenzialità edificatoria sia già saturata da una precedente costruzione deve ritenersi asservita per il solo fatto della costruzione, anche in mancanza di atto di asservimento o di concessione rilasciata per un progetto che individuasse l'area da edificare (Cons. Stato V 12.7.04 n. 5039), in quanto qualsiasi costruzione, anche se eseguita senza il prescritto titolo, impegna la superficie che, in base allo specifico indice di fabbricabilità applicabile, è necessaria per realizzare la volumetria sviluppata (Cons. Stato V 27.6.06 n. 4117).

7. Dalla ricostruzione di cui al punto 5 risulta che, a prescindere dal carattere unitario che presentava l'originario compendio "Villa Dajelli" ancor prima delle vendite effettuate negli anni 1958-59, al momento dell'adozione del piano regolatore vigente (1996) l'ex portineria e l'area circostante, tutte inserite in zona C2, costituivano un'entità immobiliare unitaria, appartenente al medesimo proprietario, individuata con l'unico mappale 655, nel quale, su denuncia di variazione catastale della stessa proprietà, erano stati accorpate i mappali 1505, 656/a e 656/b

Ne deriva che la volumetria edificabile su questi ultimi doveva essere determinata computando anche la costruzione esistente sull'originario mappale n. 655.

Ora, poiché l'area risulta avere una estensione complessiva di 1.160 mq (cfr. schede catastali sub doc. 45) e l'indice di densità fondiaria è pari a 0,6 mc/mq, la volumetria totale ammissibile nel compendio è di 696 mc.

Avendo l'ex portineria una volumetria presumibile di 480 mc (il dato offerto dai ricorrenti - pagg. 23-24 memoria finale - non è confutato), residua una volumetria del tutto insufficiente a supportare la nuova costruzione, assentita per 658 mc.

8. Per escludere dal computo la costruzione preesistente i resistenti richiamano la disciplina delle norme tecniche di attuazione relativa alle modalità di individuazione delle aree asservite.

In particolare richiamano l'art. 13, lett. c), che esclude l'edificabilità di lotti già saturi e asserviti, ammettendo trasposizioni volumetriche tra lotti contigui con atto di asservimento trascritto a favore del Comune; nonché l'art. 11, che individua le aree di pertinenza degli edifici secondo che siano stati realizzati prima o dopo il piano di fabbricazione del 1968, facendo riferimento, nel primo caso, all'area indicata negli elaborati allegati alla pratica di licenza edilizia, nel secondo caso, in mancanza di atti di asservimento stipulati e trascritti a favore del Comune, al lotto identificato nella licenza stessa. Ad avviso del Collegio tali disposizioni valgono ad agevolare l'identificazione delle aree di pertinenza per le costruzioni realizzate in un regime di licenza (o concessione, o permesso) e in un sistema privo al riguardo di idonee forme di pubblicità (come osservato tra l'altro, da Cons. Stato V 10.2.00 n. 749).

Ma non autorizzano a considerare *tamquam non essent*, scomputandole dal calcolo volumetrico, costruzioni risalenti realizzate in epoche in cui non vigeva l'obbligo di dotarsi di licenza edilizia nè esisteva una disciplina *ad hoc* sull'asservimento e la relativa prova.

9. Per le considerazioni esposte, che assorbono ogni altro motivo di censura, il ricorso va accolto con conseguente annullamento dell'impugnato permesso di costruzione 9.12.2004 n. 6/04. L'annullamento del permesso rende improcedibile, per carenza di interesse, l'impugnazione dell'autorizzazione paesaggistica, rimasta priva di oggetto.

Data la complessità della vicenda, appare equo disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il permesso di costruire n. 6/04.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 13 dicembre 2006, con l'intervento dei magistrati:

Mario	Arosio	presidente
Carmine	Spadavecchia	consigliere, estensore
Daniele	Dongiovanni	referendario
L'estensore		Il presidente